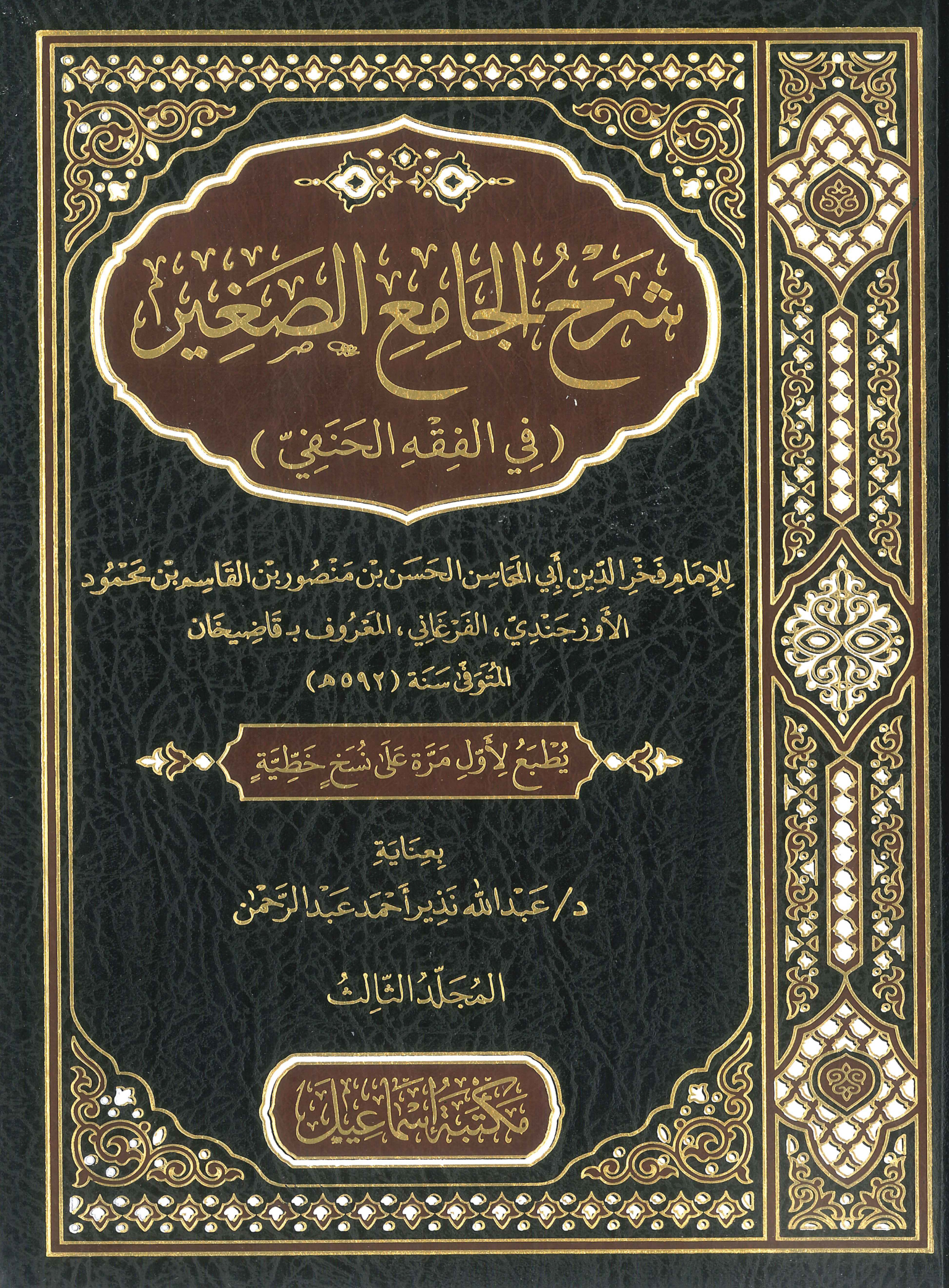
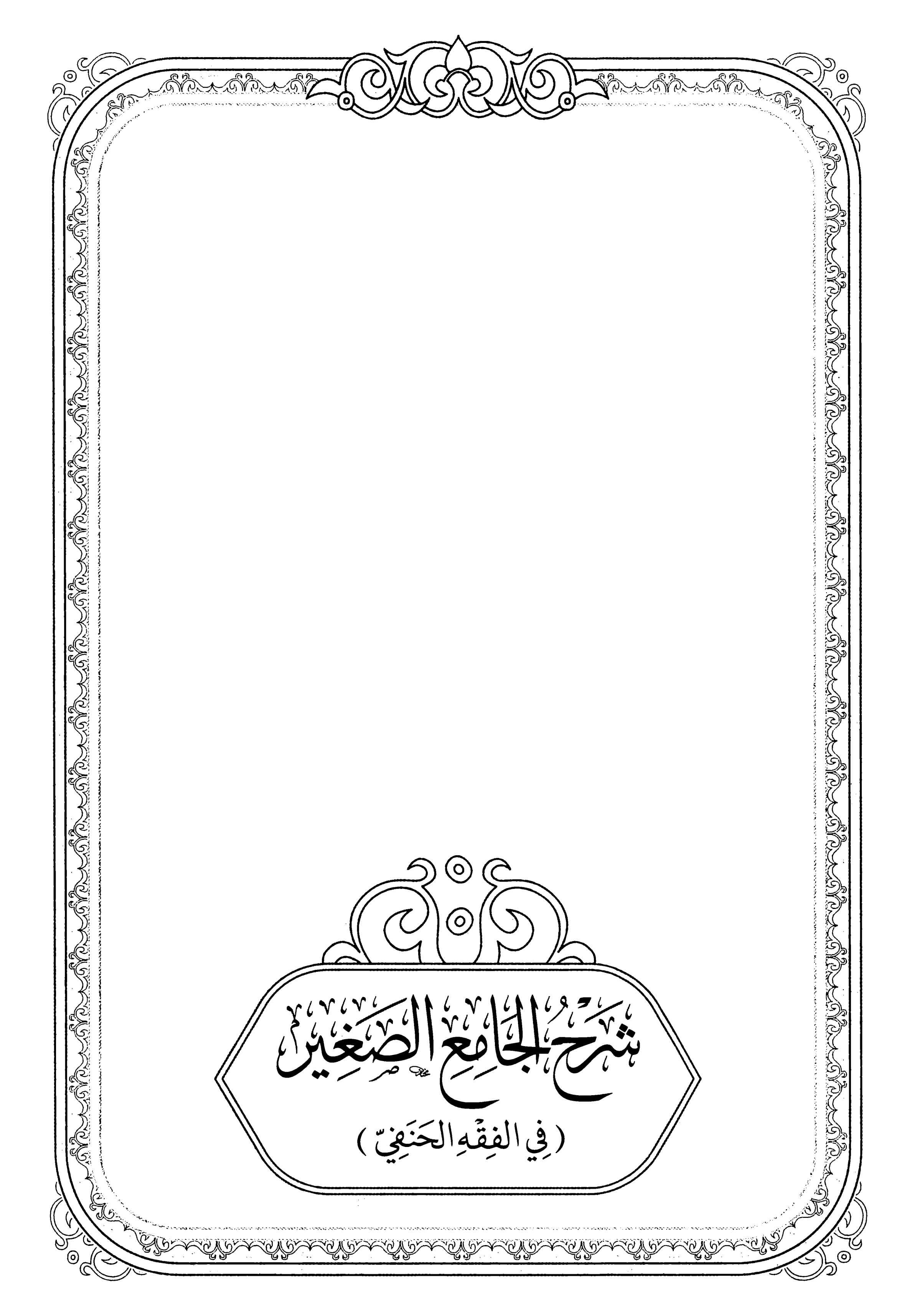

شرح الجامع الصغير
(في الفقه الحنفي)
للإمام فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور بن القاسم بن محمود
الأوزجندي، الفرغاني، المعروف بـ قاضيخان
المتوفى سنة (٥٩٢هـ)
يطبع لأول مرة على نسخ خطية
بعناية
د/ عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
المجلد الثالث
مكتبة إسماعيل


شرح الجامع الصغير
(في الفقه الحنفي)



مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع
- بريطانيا -

عنوان الكتاب: شرح الجامع الصغير (في الفقه الحنفي)

تأليف: فخر الدين أبي المحاسن المعروف ب قاضيخان

عدد المجلدات: ثلاث مجلدات

ISBN : 978-1-915350-07-7

قياس الكتاب: ١٧×٢٤

الطبعة الأولى

١٤٤٣ هـ / ٢٠٢٢ م

+44 7557 668690 www.ismaeelbooks.com

Ismaeelbooks@hotmail.com

Ismaeelbooksuk Ismaeelbooks



(في الفقه الحنفي)

لِلإمام فخر الدين أبي المحاسن الحسن بن منصور بن القاسم بن محمود الأوزجندي، الفرغاني، المعروف بـ قاضيخان المتوفى سنة (٥٩٢ هـ)

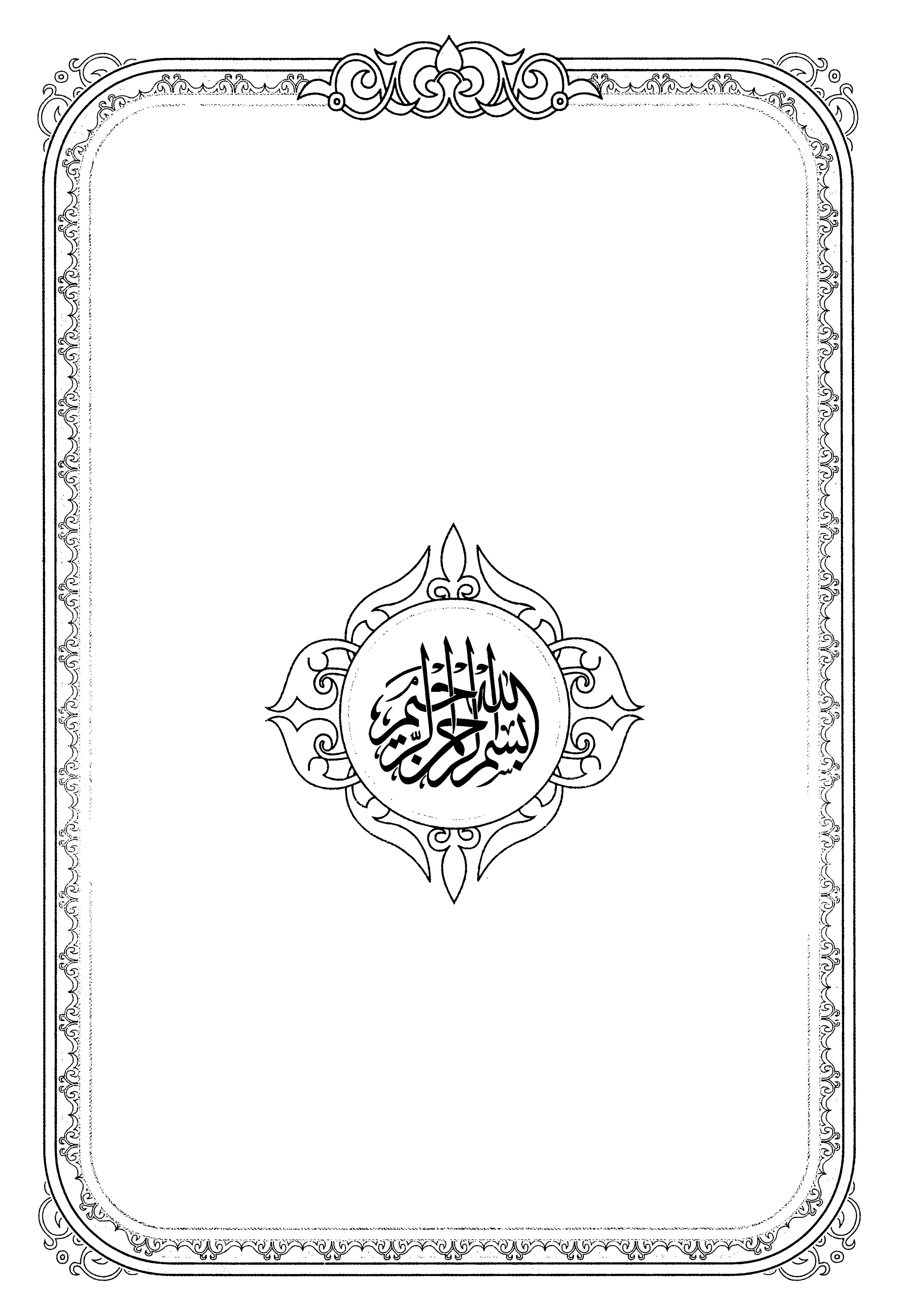
بعناية

د/ عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن

يُطبع لأول مرة على نسخٍ خطيةٍ

المجلد الثالث

مكتبة إسماعيل


بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ
البُيُوْعِ

أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة

(رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة، فقال المسلم إليه: شرطت لك رديًّا، وقال رب السلم: ما شرطت لي شيئًا، فالقول قول المسلم إليه)؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد، واختلفا فيما لا يَصِحُّ العقد بدونه: وهو بيان الوصف، فمن يدَّعيه، يدَّعي صحة العقد، فكان الظاهر شاهدًا له؛ لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة دون الفساد، والقول قول من شهد له الظاهر؛ لأنه أقرب إلى الصدق.

ولو كان رب السلم يدَّعي بيان الوصف، والمسلم إليه ينكر، لم يذكر هذا في الكتاب، وينبغي أن يكون على الاختلاف، على قول أبي حنيفة: القول قول من يدَّعي الصحة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: القول قول المسلم إليه؛ لما نذكر بعد هذا.

وإن اختلفا في الأجل، فهو على وجوه ثلاثة: إما أن اختلفا في شرط الأجل، أو قدره، أو في مضيّه.

إن اختلفا في شرط الأجل

(فإن اختلفا في شرط الأجل، فادَّعَاه رب السلم، وأنكر المسلم إليه، كان القول قول رب السلم)، وهذا استحسان، والقياس: أن يكون القول قول المسلم[1] إليه، وعلى هذا النكاح والإجارة، وكل عقد ادَّعىٰ أحدهما فساد العقد، في القياس أن يكون القول قول من يدَّعي الفساد؛ لأنه ينكر استحقاق موجب العقد الجائز، فيكون القول قوله.

---

(١) في ب (قول الآخذ).

وجه الاستحسان: ما ذكرنا: أنهما اتفاق على عقد واحد، واختلفا في الصحة والفساد، فيقبل قول من يدَّعي الصحة؛ لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة، فالإقرار بالعقد إقرار بموجب العقد الجائز ظاهرًا، فلا يقبل إنكاره بعد ذلك.

وإن كان المسلم إليه يدَّعي الأجل، ورب السلم ينكر، كان القول قول المسلم إليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالىٰ: القول قول رب السلم.

فعلىٰ قول أبي حنيفة: القول قول مدعي الأجل على كل حال، وعلى قولهما: القول قول رب السلم.

لهما: أنهما أخرجا الكلام مخرج المنازعة والإنكار؛ لأن الأجل حق المسلم إليه؛ لأنه وضع لترفيه المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه ينتفع به، فالمسلم إليه يَدَّعي حقًّا على رب السلم، ورب السلم ينكر، فكان القول قول المنكر وإن كان يؤدي إلى فساد العقد، بخلاف ما إذا كان رب السلم يدَّعي الأجل؛ لأن رب السلم لا يدَّعي عليه في الحال شيئًا، بل يقر له بالحق صورة[1]، فكان المسلم إليه متعنتًا، ولا يكون منكرًا.

هذا كما قلنا في المضاربة: إذا قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: لا، بل شرطت لي نصف الربح إلَّا عشرة، كان القول قول رب المال؛ لأن المضارب متعنت في الإفساد، ولو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح إلَّا عشرة، وقال المضارب: شرطت لي نصف الربح، كان القول قول رب المال وإن كان مدعيًا فساد العقد، وهي المضاربة؛ لأنه لما أنكر زيادة الربح، فقد خرج الكلام منهما على وجه المنازعة والإنكار، فيكون القول قول المنكر وإن كان فيه فساد العقد، كذلك هاهنا.

---

(١) في ب (ضرورة).

[١٥٤/أ] ولأبي حنيفة: أنهما اتَّفقا على عقد واحد، واختلفا في الصحة والفساد، فيكون القول قول مدعي الصحة، كالمتناكحين إذا اختلفا، أحدهما يدَّعي النكاح بغير شهود، والآخر بشهود، كان القول قول من يدَّعي النكاح بالشهود، بخلاف مسألة المضاربة؛ لأن [ثَمَّة] ما اتفقا على عقد واحد؛ لأن المضاربة إذا صحّت تكون شركة، وإذا فسدت، تكون إجارة للعامل، وإن كان الظاهر من حاله أن لا يباشر العقد الفاسد، لا يكون الظاهر من حاله أن لا يباشر العقد الآخر، لا يلزم على ما قلنا: إذا اختلفا في النكاح، فقال الزوج: تزوجتك حال ما كنت صغيرًا، وقالت المرأة: تزوجتني بعد البلوغ، فإن القول [يكون] قول الزوج وإن كان فيه فساد العقد؛ لأن ثمّة ما أقر بالعقد، بل أنكر العقد حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية.

وإذا ثبت الأجل بقول المسلم إليه، في قول أبي حنيفة: قال بعضهم: يقبل قوله في بيان مقدار الأجل، وقال بعضهم: يقبل قوله إلى أدنىٰ الآجال: وهو الشهر، ولا يقبل [قوله] في الزيادة، وإنما تثبت الزيادة بالبينة.

إن اختلفا في مقدار الأجل

فإن اختلفا في مقدار الأجل، فقال رب السلم: شرطت لك شهرًا، وقال المسلم إليه، لا بل شهرين، كان القول قول رب السلم؛ لأن المسلم إليه يدَّعي زيادة الحق، وهو ينكر، فكان القول قوله.

وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المسلم إليه؛ لأنها تثبت الزيادة، والبينات للإثبات، فما كان أكثر إثباتًا، كان أولىٰ.

إن اتَّفَقَا على مقدار الأجل واختلفا في مُضِيِّه

وإن اتَّفَقَا على مقدار الأجل، واختلفا في مُضِيِّهِ، كان القول قول المسلم إليه؛ لأن رب السلم يدَّعي عليه إيفاء الحق، وهو ينكر، فيكون القول قول صاحب الحق، كما لو ادَّعىٰ المديون إيفاء الدين.

إن أقاما البينة

وإن أقاما البينة، كانت بينة المسلم إليه أولىٰ؛ لأنها تثبت بقاء الأجل، ورب السلم ينفي، ويجوز أن يكون القول قوله، ولو أقاما البينة، كانت بينته أولىٰ، كالمودع إذا ادَّعىٰ الهلاك، أو الرَّدَّ، كان القول قوله، وإن أقاما البينة، كانت بينته أولىٰ؛ لأنّ بينته تثبت الهلاك أو الرد، وبينة الآخر تنفي.

رجل أسلم إلى رجل مائتي درهم في كُرٍّ حنطة

(**رجل أسلم إلى رجل مائتي درهم في كُرٍّ حنطة: مائة منها دين على المسلم إليه، ومائة نقد، جاز السلم في حصة النقد، وبطل في حصة الدين**)؛ لأن قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة، وقد فات ذلك عن حصة الدين، وهذا فساد طارئ، فلا يتعدىٰ إلى الثاني.

وهذا ظاهر فيما إذا قال: أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة، ولم يضف إلى الدين، ثم جعلا مائة من رأس المال قصاصًا بالدين.

وإن أضاف السلم إلى ذلك الدين، فقال: أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة: مائة منها الدين الذي لي عليك، فكذلك؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود إذا كانت عينًا، فلا تتعين إذا كانت دينًا؛ ولهذا لو اشترىٰ من رجل شيئًا بدين له عليه، ثم تصادقا أن لا دين، لا يبطل العقد، وإذا لم يتعين الدين، كانت الإضافة إلى الدين والإطلاق فيه سواء.

رجل أسلم إلى رجل في كُرٍّ حنطة بقفيز لا يعلم عياره

(رجل أسلم إلى رجل في كُرٍّ حنطة بقفيز لا يعلم عياره[1]، فلا خير فيه، وإن باعه بهذا القفيز جاز)؛ لأن السلم يتأخر تسليمه، وربما يهلك ذلك القفيز، فإذا لم يعلم عياره، يقعان في المنازعة، أما في بيع العين، يتعجل التسليم، فلا يؤدي إلى ما قلنا، وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز في بيع العين أيضًا.

---

(١) في نسختي الجامع: (لا يعرف معياره).

كل شيء أسلم فيه وله حمل ومؤنة ولم يتعين المكان

(وكل شيء أسلم فيه، وله حمل ومؤنة، ولم يتعين المكان الذي يوفيه فيه، فهو فاسد، وما ليس له حمل ومؤنة، ولم يسم المكان الذي يوفيه فيه، فهو جائز، ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يوفيه في أي مكان شاء، وكذلك ما له حمل ومؤنة، يجوز السلم فيه)، فإن بَيَّنَا المكان يتعين ذلك المكان، وإن لم يبينا، يتعين مكان العقد، وهو قول أبي حنيفة الأول.

وعلى هذا الخلاف: إذا استأجر شيئًا بمكيل أو موزون في الذمة، ولم يبين مكان الإيفاء، عند أبي حنيفة: لا يجوز، وعندهما: يجوز، وإذا جازت الإجارة عندهما في إجارة الدار، يتعين مكان الدار للإيفاء، وفي إجارة الدابة، يسلم في المراحل.

وعلى هذا الخلاف: إذا اقتسم الرجلان دارًا بينهما، فأخذ أحدهما زيادة على حصته[1]، وشرط على نفسه مكيلاً أو موزونًا دينًا في الذمة، عند أبي حنيفة: يشترط بيان مكان الإيفاء، وعندهما: لا يشترط، وكذا إذا باع شيئًا بمكيل أو موزون في الذمة، ولم يبين مكان الإيفاء.

ومن المشايخ من قال: في ثمن المبيع لا يشترط [البيان] عند الكل، والصحيح: أنه على الخلاف؛ لأن الثمن في البياعات، كالأجرة في الإجارات. [١٥٣/ب]

لهما: أن مكان الإيفاء معلوم، وهو مكان العقد؛ لأنه مكان السبب، فيتعين كما في الغصب، والاستهلاك، والقرض؛ ولهذا لو أسلم فيما لا حمل له ولا مؤنة، ولم يُبين مكان الإيفاء، يجوز، ويتعين مكان العقد، وكذا لو اشترىٰ حنطة حاضرة، يتعين مكان العقد للتسليم، والدليل عليه: أن مكان العقد يتعين لتسليم أحد البدلين: وهو رأس المال، فكذا في حق البدل الآخر.

---

(١) في ب، د (نصيبه).

ولأبي حنيفة: أن مكان الإيفاء مجهول، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن قيمة الأشياء فيما له حمل ومؤنة، تختلف باختلاف الأماكن، فرب السلم يطالبه بالتسليم في مكان تكثر قيمته، وهو يسلم في مكان آخر، فيقعان في المنازعة.

وقولهما: بأن مكان العقد يتعين للإيفاء، قلنا: تعيين مكان العقد ليس من مقتضيات العقد؛ ولهذا لو عينا مكانًا آخر للإيفاء، يجوز، ولو كان ذلك من مقتضيات العقد، فتعيين مكان آخر يكون شرطًا مغيرًا للعقد، فوجب أن يكون مفسدًا؛ وهذا لأن عقد السلم لا يوجب التسليم عقيب العقد، وإنما يجب التسليم عند حلول الأجل، وعند ذلك لا يدرىٰ في أي مكان يكون، فلا يتعين مكان العقد، بخلاف الغصب، والقرض، والاستهلاك؛ لأنه يوجب التسليم في الحال، فإذا وجب التسليم في الحال، وجب التسليم في ذلك المكان.

قال: أرأيت أنهما لو عقدا عقد السلم [في لجة البحر] في السفينة، أكان يتعين ذلك الموضع للتسليم، ولا نقول: بأن مكان العقد يتعين لتسليم رأس المال، بل الشرط التسليم قبل الافتراق، حتى لو مشىٰ فرسخًا ثم سلم قبل أن يفارقه، صَحَّ التسليم، وفي بيع العين لا يتعين مكان العقد، وإنما يتعين مكان المبيع، حتى لو باع في المصر حنطة بالسواد، يتعين مكان الحنطة للتسليم.

وفيما لا حمل له ولا مؤنة، في إحدىٰ الروايتين عنهما، وهو قول أبي حنيفة: يسلم إليه حيث لقيه؛ لأن جهالة المكان لا تفضي إلى المنازعة إذا كان يمكنه النقل إلى أي مكان شاء من غير مؤنة.

السلم في الجوز والبيض عددًا

(**ولا بأس بالسلم في الجوز والبيض عددًا**)، وقال زفر: لا يجوز؛ لأنهما يتفاوتان تفاوتًا فاحشًا، ولا يجوز السلم فيهما عددًا، كما لا يجوز في البطيخ، والرمان، والسفرجل.

ولنا: أن ما بين البيضتين والجوزتين من التفاوت، لا يفضي إلى المنازعة؛ لسقوط اعتباره عند الناس؛ ولهذا يجوز السلم فيهما وإن لم يبين[١] الجَوْدَة والرَّدَاءَة، وكذا لو أسلم فيهما كيلاً أو وزنًا، يجوز عندنا، وقيل: على قول الشافعي: لا يجوز[٢].

وإن أسلم في الباذنجان عددًا، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: أنه يجوز، وألحقه بالجوز والبيض.

السلم في الفلوس عددًا

(ولا بأس بالسلم في الفلوس عددًا)، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يذكر فيه خلافًا، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلأن وصف الثمنية بطل باصطلاح المتعاقدين؛ ولهذا يجوز بيع الواحد بالاثنين، فبقي عدديًّا متقاربًا، فيجوز السلم فيه، كما في البيض والجوز.

وأما على قول محمد؛ لأنهما لمَّا أقدما على السلم فيه، ولا جواز للسلم بحال ما مع بقاء وصف الثمنية، كان ذلك إبطالاً لوصف الثمنية، فبطل، بخلاف ما إذا باع واحدًا باثنين؛ لأن إقدامهما على البيع، لا يكون إبطالاً لوصف الثمنية؛ لأن بيع الأثمان جائز، فلا يبطل وصف الثمنية، ومع بقاء وصف الثمنية، لا يجوز بيع الواحد بالاثنين.

وروي عنه: أنه لا يجوز السلم في الفلوس.

السلم في السَّمك

(وأما السلم في السَّمك، فإن أسلم فيه عددًا، لا يجوز، طريًّا كان أو مالحًا؛ لأنه يتفاوت تفاوتًا فاحشًا، وإن أسلم فيه وزنًا، فإن كان مالحًا، جاز)؛ لأنه أسلم في معلوم لا ينقطع، **(فإن كان طريًّا، فإن كان في حينه، فكذلك، وإن أسلم في غير حينه، لا يجوز)**.

---

(١) في ب، د (يذكر).

(٢) يجوز السَّلم بالجوز كيلاً، خلافًا لما ذكره المؤلف، قال النووي: «ويَصِحُّ في الجَوْز واللَّوْز بالوزن في نوع يقل اختلافه، وكذا كيلاً في الأصَحِّ»، المنهاج ص٢٣٧.

أراد «بغير الحين»: زمانًا ينجمد فيه الماء؛ لأنه [أسلم] في المنقطع، حتى لو كان في موضع لا ينقطع في زمان الشتاء، جاز.

السلم في اللحم

وروىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز السلم في السمك، كما لا يجوز في اللحم عنده، (**ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بين موضعًا معلومًا، ووصفًا معلومًا، يجوز**)؛ لأنه أسلم في وزن معلوم؛ ولهذا يضمن مبلغه المثل، ويجري فيه ربا الفضل، فيجوز السلم فيه، كما يجوز في الألية، والشحم، والسمن.

ولأبي حنيفة: أنه مجهول جهالة فاحشة.

[١٥٥/أ] وبيان الجهالة من وجهين: أحدهما: أنه يتفاوت بقلة العظم وكثرته، واللحم مقصود، والعظم لا، فما هو مقصود، يقل عند كثرة العظم، ويكثر عند قلته، وهذه جهالة لا يمكن رفعها، فيمنع جواز العقد، حتى لو أسلم في منزوع العظم، وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجوز، بخلاف عظم الألية؛ لأنه يسير لا يجري المماكسة في نزعه، وكذلك السمك.

والوجه الثاني: أن اللحم يشتمل على الهزال والسمن، وكل واحد منهما مقصود، وأنه يختلف باختلاف السنة وفصولها، عند كثرة الكلأ وقلته، ولا يدرىٰ أنه على أي صفة يكون عند محل الأجل، وهذه جهالة لا يمكن رفعها بذكر الوصف والوزن؛ لأن بذكر الوزن لا يعلم قدر السمن والهزال، فعلىٰ هذا لا يفرق بين منزوع العظم وغيره، بخلاف الشحم والألية؛ لأن ما فيه من التفاوت لا يفضي إلى المنازعة.

إقراض اللحم

وأما إقراض اللحم، من المشايخ من قال: على قول أبي حنيفة: لا يجوز، كما لا يجوز السلم، والدليل على أنه على الخلاف: ما ذكر في «الجامع»: أنه يضمن بالقيمة عند الإتلاف.

وما لا يكون مثليًّا لا يجوز قرضه، ومنهم من قال: يجوز عند الكل، وهكذا ذكر في «المنتقىٰ»، وهو الصحيح.

والفرق لأبي حنيفة بين السلم والقرض: أنَّ القرض لا يكون إلَّا حالاً، وصفته في الحال معلومة، أما السلم لا يكون إلَّا مؤجلاً، ويذكر وقت العقد لا يعرف الموجود وقت مَحِلّ الأجل.

وذكر في كتاب الإجارات: إذا استأجر شيئًا بلحم في الذمة، أو اشترىٰ شيئًا بلحم في الذمة، يجوز، وما لا يجوز قرضه، لا يجب في الذمة بدلاً عما هو مال.

السلم في الرؤوس والأكارع

ولا خير في السلم في الرؤوس والأكارع؛ لأن فيه الصغير والكبير، فكان بمنزلة الرمان والسفرجل، وإن أسلم فيه وزنًا، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجوز في قول أبي حنيفة، ويجوز في قولهما، ومنهم مَنْ قال: لا يجوز عند الكل.

وظاهر الجواب دليل عليه: وهما فرقا بينه وبين [السَّلَم في] اللحم، والفرق: أن العظم في اللحم قليل، فيجعل تبعًا للحم، أما العظم في الرؤوس والأكارع أكثر من اللحم، فلا يمكن جعله تبعًا للحم.

السلم في الخبز

وأما في السلم في الخبز، ذكر ابن رستم في «النوادر» فيه خلاف، فقال: على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف: يجوز إذا بين وزنًا معلومًا [وضربًا] معلومًا؛ لأنه موزون، فيجوز السلم فيه كما في غيرها من الموزونات.

ولهما: أنه أسلم فيما لا يضبط بالوصف؛ لأنه يتفاوت من حيث الطول والعرض، والرِّقة والغلظة، والخَبْز، تفاوتًا فاحشًا.

إقراض الخبز

واختلفت الروايات في استقراض الخبز، والصحيح: أن على قول أبي حنيفة: لا يجوز أصلاً، كما لا يجوز السلم، وعند أبي يوسف: يجوز وزنًا، ولا يجوز عددًا، اعتبارًا بالسلم، وعند محمد: يجوز وزنًا وعددًا، وإن لم يكن مِثْلِـيًّا؛ لمكان التعامل، والقياس يترك بالتعامل.

السلم في الثياب

ويجوز السلم في الثياب، والبواري، والجوالق، والمُسوح، والأكسية، والبسط، استحسانًا إذا بين الطول، والعرض، والصفة، والوزن، فيما كان وزنيًا، كالحرير؛ لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: يجوز السلم في كل شيء إلَّا في الحيوان؛ ولأنه أسلم في معلوم لا ينقطع، فيجوز كما في المكيل والموزون.

(**ولا بأس بالسلم في الطَّسْت، والقُمْقُمَة، والخُفَّيْن، ونحو ذلك، إذا كان يعرف**)؛ لاستجماع شرائط السلم، (**وإن كان لا يعرف، فلا خير فيه**)؛ لأنه مجهول، (**وإذا استصنع رجل شيئًا من ذلك بغير أجل، جاز استحسانًا، وله الخيار إذا رآه**).

الاستصناع وأنواعه

أولاً نقول: إنَّ الاستصناع على نوعين: استصناع فيما لا تعامل فيه، كما لو استصنع حائكًا لينسج له ثوبًا بغزل من عنده، أو استصنع خياطًا ليخيط له قميصًا بكرباس من عنده.

واستصناع فيما فيه تعامل، كما لو استصنع خِفَافًا ليخرز له خفافًا بأديم من عنده، أو صفارًا ليضرب له قمقمة بصفر من عنده، فالأول فاسد، والثاني جائز استحسانًا، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه بيع المعدوم، وقد «**نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان**»[١]، «**ورخّص في السلم**»[٢].

وجه الاستحسان: أن الناس تعاملوا ذلك في زمن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين إلى يومنا هذا من غير نكير، والقياس يترك بالتعامل؛ ولهذا جاز دخول الحمام مدة غير معلومة بأجرة غير مقدرة.

ولا يلزم على ما قلنا: المزارعة والمعاملة، فإنها فاسدة في قول أبي حنيفة وإن كان للناس فيه تعامل؛ لأن الخلاف فيهما كان ثابتًا في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق، فإذا جاز استحسانًا، يكون بيعًا، وقال بعض الناس: يكون مواعدة، فأجاز به وأخذه، يصير بيعًا بالتعاطي، والصحيح: أنها عقد؛ [١٥٤/ب] لأن محمدًا رحمه الله تعالىٰ ذكر فيه القياس والاستحسان، وأثبت فيه خيار الرؤية، والمواعيد لا يجري[٣] فيه قياس واستحسان.

وكذلك الصانع إذا قبض الدراهم، يملكها قبل العمل، وإذا كان عقدًا كان للمستصنع خيار الرؤية في ظاهر الرواية؛ لأنه اشترىٰ شيئًا لم يره.

وهل للصانع خيار أن لا يعمل له ذلك؟ لأنه لا يتمكن من العمل إلَّا بإتلاف المال، وهو قطع الأديم ونحوه، فلا يجبر على ذلك، كما لو أخذ أرضًا مزارعة على أن يكون البذر من قِبَلِ العامل، فإنه لا يجبر على العمل، وإنما لا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط التعجيل؛ لأن العقد غير لازم في حقه.

---

(١) الحديث بلفظ: (لا تبع ما ليس عندك)، أخرجه أحمد في المسند ٣/٤٣٤؛ وأبو داود (٣٥٠٣)؛ والترمذي (١٢٣٢)؛ والنسائي (٤٦١٣)؛ وابن ماجه (٢١٨٧) وغيرهم.

(٢) انظر حديث السَّلم في البخاري (٢٢٣٩)؛ ومسلم (١٦٠٤).

(٣) في ب (يجوز قياسًا واستحسانًا)، وفي د (لا يجوز ...).

وإن جاء الصانع به مفروغًا، ليس له خيار أن لا يدفعه إلى المستصنع، بل يجبر عليه؛ لأنه باع شيئًا لم يره، فلا يكون له الخيار، وللمستصنع أيضًا خيار أن يرده؛ لأنه اشترىٰ شيئًا لم يره.

وعن أبي يوسف آخرًا: أنه لا خيار للمستصنع أيضًا؛ لأن الصانع أتلف ماله لأجله، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة، فلا يثبت له الخيار دفعًا للضرر عن الصانع، كما لو قال للقصاب: اقطع لي منوي لحم من جَنَب، فقطعه، لا يكون له الخيار في الرد.

والصحيح ما قلنا؛ لأنه اشترىٰ شيئًا لم يره؛ لا يعقد السلم، فكان له الخيار، بخلاف مسألة القَصَّاب؛ لأنه اشترىٰ شيئًا قد رآه.

وإن استصنع فيما فيه تعامل، وضرب لذلك أجلاً، ينقلب سلمًا في قول أبي حنيفة، حتى يشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا يكون فيه خيار الرؤية، وقالا: لا يصير سلمًا؛ لأنهما عقدان مختلفان لفظًا وحكمًا، فلا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر، كما لو أسلم في شيء ولم يذكر الأجل، لا ينقلب استصناعاً

ولأبي حنيفة: إذا أمكن تجويزه[1] سلمًا واستصناعًا، كان جعله سلمًا أولىٰ؛ لأن جواز السلم عرف بالكتاب، والسنة المشهورة، والإجماع، وجواز الاستصناع ما عرف بالكتاب؛ ولأن جواز السلم إلى القياس أقرب من جواز الاستصناع؛ لأن في الاستصناع: المبيع ليس بموجود أصلاً، وفي السلم المبيع موجود في الذمة، وحكمه في الحال ثابت، وهو ملك العوضين، وفي الاستصناع أيضًا الصانع لا يملك البدل في الحال، وإنما يملكه بعد القبض؛ ولهذا يبطل الاستصناع بموت أحدهما، والسلم لا يبطل بموتهما؛ ولأن الأجل إنما شرع لتأخير المطالبة بعد اللزوم، والاستصناع غير لازم، [والسَّلم] لازم، فكان ضرب الأجل دليل اختيار السلم.

---

(١) في ب (جعله).

ولهذا لو استصنع فيما لا تعامل فيه، وضرب له أجلاً، يصير سَلَمًا في قولهم، وهذا إذا ذكر الأجل على وجه الاستمهال.

أما إذا ذكر على وجه الاستعجال، بأن قال: على أن يفرغ منه غدًا، أو بعد غد، لم يصر سَلَمًا، وقيل إن ذكر أدنىٰ مدة يحتاج إليها الفراغ من العمل، لا يصير سلمًا، وإن ذكر أكثر من ذلك، يصير سلمًا إذا صلح أجلاً في السلم.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: إن كان شرط الأجل من قبل المستصنع، يكون للاستعجال، فلا يصير سلمًا، وإن كان من قبل الصانع، يصير سَلَمًا.

رجل أسلم إلى رجل في كُرٍّ من طعام وبحلول الأجل اشترى المسلم إليه

(رجل أسلم إلى رجل في كُرٍّ من طعام، فلما حَلَّ الأجل، اشترىٰ المسلم إليه من رجل كرًا، وأمر رب السلم بقبضه اقتضاءً، لم يكن اقتضاءً، وإن أمره بأن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فقبضه له، فاكتاله، ثم اكتاله لنفسه، جاز).

(ولو كان الكُرُّ على الرجل قرضًا، ولم يكن سلمًا، فاشترىٰ المديون من رجل كرًّا وأمر المقرض بقبضه اقتضاءً، جاز الاقتضاء).

التصرُّف في المكيل الذي بشرط الكيل

وأصل هذا: أن من اشترىٰ مكيلاً بشرط الكيل، بأن اشترىٰ حنطة على أنها عشرة أقفزة[1]، لم يكن له أن يأكل ولا أن يتصرف فيها حتى يكيل؛ لأنه إذا اشترىٰ مكايلة، كان حقه في العشرة الأقفزة لا غير، ولهذا لو كالها فوجدها أكثر، رَدَّ الزيادة على البائع، ولو وجدها أنقص، يسترد حصة النقصان، فلو جاز له التصرف قبل الكيل، ربما يكون آكلاً أو بائعًا مال الغير.

---

(١) «القفيز: مكيال كان يكال به قديمًا، ويختلف مقداره في البلاد»، والقفيز الشرعي =١٢صاعًا = ٨ مكوكًا، وهو يساوي عند الحنفية: ٣٩,١٣٨ غرامًا من القمح = ٤٠,٣٤٤ لترًا، وعند غيرهم = ٣٢,٩٧٦ لترًا = ٢٦,٠٦٤ غرامًا»، كما في معجم لغة الفقهاء (الفقيز).

إذا ثبت هذا نقول: المسلم إليه إذا اشترىٰ كرًّا، وأمر رَبُّ السَّلَم بقبضه اقتضاءً، أو دفع دراهم إلى رب السلم، وأمره بأن يشتري كرًّا فقبضه لنفسه، فقد وجد عقدان، كل واحد منهما يوجب الكيل؛ لأن السلم يوجب القبض بكيل بعد السلم، والشراء كذلك، فيشترط الكيل مرتين: مرة للمسلم إليه بحكم الشراء، ومرة لرب السلم بعقد السلم؛ «**لنهي النبي عليه الصَّلاة والسَّلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان**»[1]: صاع البائع، وصاع المشتري، قالوا: الحديث محمول على هذه الصورة. [١٥٦/أ]

إذا كان أحد الدينين قرضًا

فأما إذا كان أحد الدينين قرضًا، بأن كان على الرجل كر من سلم، فاستقرض المسلم إليه من رجل كرًّا، وأمر رب السَّلَم بقبضه من المقرض اقتضاءً للسلم، أو كان على الرجل كر قرض، فاشترىٰ المستقرض من رجل كرًّا وأمر المقرض بقبضه اقتضاءً، فقبضه اقتضاءً، جاز، ولا يشترط الكيل مرتين؛ لأن عقد السلم يوجب الكيل، والقرض لا يوجب الكيل؛ لأنه عقد مساهلة، فالتفاوت اليسير فيه لا يفضي إلى المنازعة؛ ولأنه إعارة حكمًا؛ ولهذا لو استقرض من إنسان حنطة على أنها عشرة أقفزة، كان له أن يتصرف فيها قبل الكيل، فيكفي بكيل واحد.

وكذا إذا اشترىٰ المسلم إليه حنطة مجازفة، واستفاد من أرضه، أو بميراث، أو هبة، أو وصية، وأوفاه رب السلم، وكاله بمحضر منه، يكتفي بكيل واحد؛ لأنه لم يوجد شرط الكيل إلَّا في عقد واحد، وهو السلم.

---

(١) الحديث رُوِي بطرق مختلفة: فأخرجه ابن ماجه عن جابر، والبزار عن أبي هريرة، وفي بعض طرقه رواة تكلم فيهم؛ وأخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٣١٥/٥؛ والشافعي في الأم ٧٢/٣. انظر: نصب الراية ٣٤/٤، ٥١.

رجل أسلم في كر من طعام، فلما حل الأجل قال للمسلم إليه: كِلْهُ واعزله في بيتك، أو قال: كِلْهُ في غرائرك، ففعل ورب السلم غائب، لم يكن ذلك قبضًا؛ لأن الغرائر لو كانت لرب السلم، لا يكون قبضاً؛ لما نذكر، فهاهنا أولىٰ.

القبض في قول رب السلم: كِلْهَا في غرائره

وإن كان رب السلم حاضرًا، فكاله بحضرته، وخلىٰ بينه وبين الطعام، يصير قابضًا؛ لأن التخلية قبض، هذا إذا قال: كِلْهَا في غرائرك.

(وإن دفع رب السلم غرائره إلى المسلم إليه، وقال: كلها في غرائره، أو قال: كلها في غرائري، فكال ورب السلم غائب، لا يصير قابضًا).

فرق بين هذا وبين ما لو اشترىٰ طعامًا بعينه، ودفع غرائره إلى البائع، وقال: اجعله في غرائري، ففعل، والمشتري غائب أو حاضر، يصير قابضًا، والفرق: أن في شراء العين: أمر المشتري بالكيل صادف ملك نفسه؛ لأنه ملك الطعام بنفس العقد، فصَحَّ الأمر، [وإذا صَحَّ الأمر] صار البائع وكيلاً في إمساك الغرائر، فبقيت الغرائر في يد المشتري حكمًا، فما وقع فيه يصير في يد المشتري، حتى لو كانت الغرائر للبائع، روي عن محمد: أنه لا يصير قابضًا، أما في السلم أمر رب السلم بالكيل صادف ملك المسلم إليه؛ لأن السلم دين في الذمة، وإنما يتعين بالاستيفاء، فلم يصح أمره، فبقي المسلم إليه عاملاً في ملك نفسه، ويصير مستعيرًا للغرائر، ولا يصير رب السلم قابضًا، ألا ترىٰ أن مشتري[1] العين لو أمر البائع بالطحن، فطحن، كان الدقيق للمشتري، (وفي **فصل السلم لو أمره بذلك، فطحن، كان الدقيق للمسلم إليه**)[2].

(١) في ب، د (أن في شراء العين).
(٢) في د (ولو أمر رب السلم بالطحن، فطحن، لا يكون الدقيق للمسلم إليه).

قال المشتري للبائع: ألقها في الماء، فألقاها

وكذلك لو قال المشتري للبائع: ألقها في الماء، [فألقاها، فهلك]، يهلك على المشتري، وفي فصل السلم لو أمره بذلك، ففعل، لا يبرأ عن السلم.

وكذا لو كان له على رجل دراهم، فدفع إليه كيسه وأمره أن يزنها فيه، ففعل، لا يصير قابضًا، هذا إذا دفع غرائره إلى البائع وأمره بأن يكيلها فيه.

اشترى طعامًا بعينه وأمره بأن يكيلها في ناحية من بيته

وإن اشترىٰ طعامًا بعينه، وأمره بأن يكيلها في ناحية من بيته، فكالها البائع في بيته، والمشتري غائب، لا يصير قابضًا؛ لأن المشتري استعار البيت، فلم يقبض، فبقي البيت في يد البائع، فلم يصر المشتري قابضًا، بخلاف الطحن والإتلاف ونحو ذلك؛ لأن ذلك غير مستحق على البائع، فصار البائع وكيلاً عنه في ذلك، أما الكيل والحفظ مستحق عليه، فلم يصر البائع وكيلاً عنه [في ذلك]، فما لم يصر في يده حكمًا، لا يصير قابضًا.

ولو اشترىٰ من رجل كرًّا بعينه، وله على البائع كر دين، فأعطاه جوالقًا، وأمره أن يكيلها فيه، ففعل، يصير المشتري فيه قابضًا لهما جميعًا في قول أبي يوسف؛ لأنه لما كال الدين أولاً، وإن لم يملك الدين؛ لِمَا قلنا في المسألة المتقدمة، فإذا كال العين بعده، صار قابضًا للدين ضرورة اتصاله بملكه، فملكه، كما لو كال العين أولاً، ثم الدين.

وعند محمد: إن كال العين أولاً، يصير قابضًا لهما، وإن كال الدين أولاً، يصير قابضًا للعين دون الدين؛ لأنه لمَّا كال الدين أولاً، لم يملك المشترىٰ، وبقي على ملك البائع، وصار مستعيرًا من المشتري [جوالقه]، فإذا كال العين بعده، فقد خلط البائع ملك المشتري بملك نفسه، فلا يبرأ عن الدين، وإنما يصير قابضًا للعين في هذه الصورة؛ لأنه بالخلط صار مستهلكًا العين بإذنه، بخلاف الصورة الأولىٰ؛ لأنه لما كال العين أولاً، صار العين

مسلمًا إلى المشتري، فلما كال الدين بعده، فقد خلط الدين بملك المشتري، فيصير المشتري قابضًا، كما لو استقرض كرًّا من طعام وأمر المقرض بأن يزرعها في أرض المستقرض، فزرع، يصير المستقرض قابضًا.

وكذا لو دفع ديناراً إلى صانع وأمره بأن يزيد من عنده نصف دينار، يصوغ له حليًّا بذلك، جاز، ويصير قابضًا النصف بحكم اتصاله بملكه. [١٥٥/ب]

الإقالة لا تصح إلَّا حال قيام العقد

(رجل أسلم جارية في كر من طعام، ودفع الجارية إلى المسلم إليه، وتقايلا، فماتت الجارية في يد المسلم إليه، فعليه قيمتها يوم قبضها، ولو تقايلا بعد هلاك[1] الجارية، جاز).

(ولو اشترىٰ جارية بألف درهم، [وتقابضا] ثم تقايلا، فهلكت الجارية في يد المشتري، بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد هلاك الجارية، لا تصح الإقالة).

والفرق بين المسألتين: أن الإقالة لا تصح إلَّا حال قيام العقد؛ لأنها فسخ للعقد، فيقتضي بقاء العقد، وبقاء العقد يتعلق بالمعقود عليه؛ لأنه لا يتصور بدونه.

وفي فصل السلم: محل العقد قائم بعد هلاك الجارية، وهو المسلم فيه؛ لأنه مبيع؛ لما روي: (**أنه عليه الصَّلاة والسَّلام نهىٰ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخّص في السَّلَم**)، جعل السلم فيه مبيعًا، ورأس المال بمنزلة الثمن، فصحت الإقالة في المسلم فيه، وإذا انفسخ في المسلم فيه، ينفسخ في رأس المال ضرورة، فيجب عليه رد الجارية، وقد عجز عن ردها بحكم الهلاك مع قيام الموجب للرد، فيغرم قيمتها، ولمَّا صحت الإقالة بعد هلاك الجارية، لأنْ يبقىٰ بعد هلاكها كان أولىٰ.

---

(١) هذه عبارة الجامع الصغير، وأما في ب، د (يوم قبضها، وكذا لو هلكت الجارية ثم تقابلا السَّلَم، صَحَّت الإقالة، وعليه قيمتها).

أما في فصل البيع: الجارية مبيع، والدراهم ثمن، فإذا هلكت الجارية، لا يبقىٰ العقد؛ لأن الشيء لا يبقىٰ في غير محله، ومحل العقد: هو المبيع دون الثمن، حتى لو كان البيع بيع مقايضة، فهلك أحد العوضين بعد الإقالة، لا تبطل الإقالة؛ لأن كل واحد من العوضين ثمن ومثمن، فتبقىٰ الإقالة ببقاء الآخر؛ ولأن إقالة السلم مما لا يتحمل الانفساخ؛ لأن المسلم فيه يسقط بالإقالة، والساقط لا يحتمل العود، ألا ترىٰ أنهما لو تفاسخا الإقالة، لا تنفسخ الإقالة، فلا ينفسخ بهذا السبب، بخلاف إقالة البيع.

شراء رب السلم من المسلم إليه برأس المال

(**رجل أسلم عشرة دراهم في كر حنطة، ثم تقايلا السلم، لم يكن لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئًا برأس المال حتى يقبضه**)، وهذا استحسان، والقياس: أن يكون له ذلك، وهو قول زفر؛ لأن رأس المال صار دينًا عليه، فيملك التصرف فيه قبل القبض، كما في سائر الديون.

وجه الاستحسان: قوله عليه الصلاة والسلام لرب السلم: «**لا تأخذ إلَّا سلمك، أو رأس مالك**»[1]، وأراد به: السلم حال بقاء السلم، ورأس المال بعد انفساخ السلم.

وإن كان السلم فاسدًا، فتقايلا، كان له أن يتصرف في رأس المال قبل القبض؛ لأن القياس في الصحيح كذلك، وتركناه بالأثر.

قبض بدل الصرف واجب

(**رجل باع دينارًا بعشرة دراهم، وسلم الدينار، ولم يقبض العشرة حتى اشترىٰ بها ثوبًا، لم يجز**)؛ لأن قبض بدل الصرف واجب بالسنة، والاستبدال يفوت القبض المستحق، فكان شرط إيفاء الثمن من بدل الصرف، شرطًا فاسدًا، فيمتنع الجواز.

الاستبدال ببدل الصرف

(**رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بعشرة دراهم، ودفع الدينار، وتقاصا الثمن بالعشرة، جاز**)، والقياس: أن لا يجوز.

---

(١) أخرجه أبو داود مرفوعًا عن أبي سعيد الخدري، وابن ماجه مرسلاً، ونحوه عبد الرزاق من قول ابن عمر، وابن أبي شيبة من قول عبد الله بن عمرو. انظر: نصب الراية ٤/٥١.

تغيير وصف العقد مع بقاء أصل العقد

وهذه المسألة على وجهين: إما أن باع الدينار بالعشرة التي له عليه، أو باع الدينار بعشرة مطلقة، وقبض الدينار، وجعلا ثمن الدينار قصاصًا بالعشرة، فالأول جائز [بلا خلاف][1]؛ لما نذكر، والثاني جائز استحسانًا، ولا يجوز قياسًا، وهو قول زفر رحمه الله تعالىٰ).

وأجمعوا: على أنهما ما لم يتقاصّا، لا تقع المقاصة.

وجه القياس: أن هذا استبدال ببدل الصرف، فلا يجوز، كما لو أخذ ببدل الصرف عرضًا، أو دينارًا، وكما لو جعلا بدل الصرف قصاصًا بدين وجب بعقد باشره بعد الصرف، لا يجوز؛ ولهذا لو جعلا رأس مال السلم قصاصًا بدين واجب قبل السلم، لا يجوز، فكما لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم، لا يجوز ببدل الصرف.

وجه الاستحسان: أنهما لما أقدما على المقاصة، ولا صحة للمقاصة مع بقاء عقد الصرف؛ [لِمَا قاله: ينفسخ] بيع الدينار بالعشرة المطلقة مقتضاة سابقًا، كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم، فإذا انفسخ بيع الدينار بالعشرة، بقي بائعًا الدينار بالدراهم التي عليه، فيصير صرفًا بدين سبق وجوبه، وذلك جائز؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنه: أنه سأل رسول الله صلَّىٰ لله عليه وسلَّم، فقال: إنِّي أكري إبلاً بالبقيع إلى مكة بالدراهم، وآخذ مكانها دنانير، أو قال: بالدنانير، وآخذ مكانها دراهم، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**لا بأس به إذا افترقتما وليس بينكما شيء**»[2]، وهذا وجه اختاره مشايخ العراق.

---

(١) في أ (بالإطلاق)، والمثبت من ب، د.

(٢) الحديث أخرجه «أحمد، وأصحاب السنن، وابن حبان، والحاكم»، مع اختلاف في بعض الألفاظ، «وقال الترمذي والبيهقي: لم يرفعه غير سماك». انظر: التلخيص الحبير ٣/ ٢٥.

وقال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: وهذا غير سديد؛ لأنه لو انفسخ الصرف الأول، يجب على مشتري الدينار رد الدينار على البائع بحكم الإقالة؛ لأن إقالة الصرف لها حكم الصرف، ولهذا لو جعلا بدل الصرف قصاصًا بدين تأخر وجوبه بعقد باشره بعد الصرف في المجلس، لا يجوز، ولو أمكن تصحيح المقاصة في مسألتنا بانفساخ العقد الأول، [١٥٧/أ] وتجديد العقد، كما قالوا: أمكن تصحيح المقاصة بالدين المتأخر [ويصير الدين المتأخر] بمنزلة المتقدم، والوجه الصحيح: أنهما لما أقدما على المقاصة، يجب تصحيحها ما أمكن، وأمكن تصحيح المقاصة بأن يجعل العقد المضاف إلى الدراهم المطلقة، مضافًا إلى الدراهم الواجبة قبل الصرف، فيكون تغيير وصف العقد مع بقاء [أصل] العقد، كما قلنا في الزيادة في الثمن، وكما لو اشترىٰ جارية بألف، فولدت الجارية قبل القبض ولدًا، وقبضهما المشتري، تصير الألف مقابلاً بهما بعد أن كان الكل مقابلاً بالجارية.

بخلاف ما إذا جعله قصاصًا بدين تأخر وجوبه، وصورته: إذا اشترىٰ دينارًا بعشرة دراهم، وقبض الدينار، ولم ينقد الدراهم حتى باع في المجلس ثوبًا من بائع الدينار بعشرة دراهم، وجعلا ثمن الثوب قصاصًا ببدل الصرف، ذكر في رواية أبي سليمان: أنه يجوز، وإليه أشار في «الزيادات»، ووجه ما ذكرنا لمشايخ العراق، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يجوز.

فعلىٰ رواية أبي حفص، وهو الصحيح: يحتاج إلى الفرق بين الدين المتقدم والمتأخر.

والفرق: أن العقد إذا تعين تصحيحًا للمقاصة بالدين المتقدم، يصير كأنهما [أضافا] العقد [في الابتداء][1] إلى دين سبق وجوبه، وذلك جائز، وفي الدين المتأخر يصير كأنهما باشرا العقد في الابتداء مضافًا إلى دين سيحدث، وذلك باطل لو نص عليه.

أما لو جعلا رأس مال السلم قصاصًا بدين سبق وجوبه؛ لأن المسلم فيه دين، فلو صحت المقاصة برأس المال، يصير افتراقًا عن دين بدين، وذلك حرام بالنص، أما هاهنا: أحد العوضين ـ وهو الدينار ـ مقبوض، فلو صحت المقاصة، يصير افتراقًا عن عين بدين، وذلك غير منهىٰ.

ولو اشترىٰ دينارًا بعشرة دراهم، وقبض الدينار، ولم ينقد العشرة حتى غصب منه بائع الدينار عشرة في المجلس، يصير قصاصًا وإن لم يتقاصَّا؛ لأنه استوفىٰ ما هو موجب العقد: وهو قبض العشرة. [والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

❊❊❊

(١) في أ (باشرا العقد مضافًا)، والمثبت من ب، د.

بَابُ
مَا يَجُوْزُ بَيْعُهُ وَمَا لاَ يَجُوْزُ

بيع المراعي وإجارتها

(لا يجوز بيع المراعي، ولا إجارتها).

أراد به: إذا باع الكلأ دون الأرض، وبيع الكلأ باطل؛ لأن المشتري فيه بمنزلة البائع، قال عليه الصلاة والسلام: «**الناسُ شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار**»[1]، فالمشتري لم يستفد بهذا العقد شيئًا لم يكن، فيبطل.

وإن باعه بعدما أحرزه، جاز؛ لأنه صار أخص به من غيره، فجاز بيعه.

وكذلك إجارة المراعي باطل؛ لأن الإجارة وضعت لتمليك المنفعة مع بقاء العين، والمقصود من هذه الإجارة: تملك العين.

بيع السمك في حظيرة لا يستطيع الخروج منها

(ولا يجوز بيع السمك في حظيرة لا يستطيع الخروج منها إذا كانت لا تؤخذ إلَّا بصيد)، وهذه المسألة على وجهين: إما أن أخذها أولاً ثم ألقاها في الحظيرة، أو لم يأخذها، فإذا لم يأخذ لا يجوز بيعها؛ لأنه باع ما لا يملك؛ إذ الصيد لا يملك قبل الأخذ، ألا ترىٰ أن الصيد إذا [باضت] في أرض إنسان، أو فرخت، أو تكسر في أرض إنسان، أو تكنس، لا يملكه صاحب الأرض بالدخول في ملكه ما لم يأخذ.

---

(١) «أخرجه أبو داود عن رجل، وابن ماجه عن ابن عباس، والطبراني في معجمه عن ابن عمر»، كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٤. وانظر: طرق أخرىٰ للحديث، كما في البدر المنير ٧/٧٦.

وإن أخذها ثم ألقاها في الحظيرة، فإن كانت الحظيرة كبيرة لا يمكن أخذها إلَّا بتكلف واحتيال، لا يجوز؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، [فلا يجوز]: كبيع الآبق، والفرس العائر الذي لا يمكن أخذه إلَّا بحيلة، وإن كانت الحظيرة صغيرة يمكن أخذها من غير تكلف واصطياد، جاز؛ لأنه باع مملوكًا يقدر على تسليمه.

فإذا سلمها إلى المشتري، كان للمشتري خيارِ الرؤية وإن كان رآها في الماء؛ لأن رؤية السمك يتفاوت خارج الماء، فصار كأنه اشترىٰ ما لم يره.

وكذا إذا دخلت الحظيرة باحتياله، بأن سدَّ فوهة النَّهر، حتى دخلت الحظيرة، أو سدَّ موضع الدخول حتى لا يمكنها الخروج، فهو بمنزلة ما لو أخذها بيده ثُمَّ ألقاها في الحظيرة؛ لأنه لما احتال لدخولها على هذا الوجه، صار كما لو نصب الشبكة لأجل الصيد.

بيع النحل

(**ولا يجوز بيع النحل**)، وقال محمد: يجوز إذا كان مجموعًا محرزًا، وهو قول الشافعي[1].

لنا: أنه من جملة الهوام، ولو جاز بيعه، إنما جاز باعتبار ما يخرج منه: وهو العسل، وأنه معدوم، حتى لو باعه مع العسل يجوز بطريق التبعية، كالعذرة إذا اختلطت بالتراب، وكما لو باع الشرب مع الأرض، ولو باع الشرب وحده، لا يجوز.

بيع دود القَزِّ والعَلق، والحمام

(**وبيع دُودِ القَزِّ يجوز إذا كان معه قَزٌّ، ولا يجوز بدون القز**)، وقال محمد: يجوز على كل حال.

---

(١) انظر: المهذب ٣/ ٤٢.

[١٥٦/ب] ولو باع بِزْرَة، لا يجوز في قول أبي حنيفة، ولا يضمن متلفه، وقالا: يجوز؛ لأنه شيء منتفع، وليس من الهوام.

أما بيع العَلَقِ، قالوا: يجوز في قول محمد رحمه الله تعالىٰ.

ويجوز بيع الحَمَام إذا كان مملوكًا، يقدر على تسليمه، فإن كان لا يقدر لا يجوز؛ لِمَا قلنا.

بيع الآبق

(ولا يجوز بيع الآبق)؛ لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الآبق؛ لأنه لا يقدر على تسليمه، حتى لو كان قادرًا، بأن باعه ممن في يده، جاز بيعه.

(ولو قال رجل لمولاه: [هو في يدي فبعه مني، فباعه، جاز، ولو قال][١]: هو عند فلان، فبعه مني، فباعه، لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليمه؛ ولأنه إذا كان عند المشتري، لم يكن آبقًا في حق المتعاقدين، فلا يتناوله النهي، أما إذا كان عند الثالث، كان آبقًا في حق المتعاقدين.

بيع لبن امرأة في قدح

(ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح)، وعن أبي يوسف: أنه يجوز بيع لبن الأمة؛ لأنه جزء من أجزاء المال، وفي ظاهر الرواية: لا فرق بين الحرة والأمة، وقال الشافعي: يجوز على كل حال[٢]، والمسألة معروفة.

بيع السِّرْقِين والبَعْرِ

ويجوز بيع البَعْرِ والسَّرْقِين، وقال الشافعي[٣]: لا يجوز؛ لأنه نجس العين، بمنزلة العذرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من د.
(٢) انظر: رحمة الأمة ص٢٦٧.
(٣) انظر: المهذب ٣/٢٣.

ولنا: أنه مال ينتفع به الناس من غير نكير، وأما العذرة، لا ينتفع بها، إلَّا إذا اختلطت بالتراب، لا جرم لو اختلطت بالتراب، جاز بيعها تبعًا.

بيع شعر الخنزير

(**ولا يجوز بيع شعر الخنزير**)؛ لأنه بجميع أجزائه حرام، وقال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**إن الله تعالىٰ إذا حرّم شيئًا، حرم بيعه، وأكل ثمنه**»، وفي رواية: «**حرّم ثمنه**»[1]، (**ولا يجوز الانتفاع بشعره من غير الخَرْز**)، وجَوَّزَ في الخَرْز؛ لمكان الضرورة؛ لأن غيره لا يعمل عمله، ولو وقع في الماء القليل يفسده؛ لأنه نجس العين، وعن محمد: أنه لا يفسده؛ لأن جواز الانتفاع به في الجملة، دل على الطهارة.

بيع شعر الآدمي

(**ولا يجوز بيع شعر الآدمي، وكذلك الانتفاع به**)، أما البيع؛ فلأنه جزء الآدمي، فلا يكون مالاً كسائر الأجزاء، وأما الانتفاع؛ فلأنه[2] ابتذال، والآدمي خُلِقَ مُبْتَذِلاً لا مُبْتَذَلاً، إنَّما المُرَخَّصُ للنساء للتزين بما يتخذ من الوَبَر، ولو وقع شعر الآدمي في الماء القيل لا يفسده؛ لأنه طاهر بجميع أجزائه، و[جهة] الانتفاع به لأجل الكرامة، لا تدل على النجاسة.

بيع جلد الميتة قبل الدبغ

(**ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ**)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب**»[3]، والإهاب: اسم لجلد لم يُدْبَغْ، وبعدما دُبغَ، يجوز بيعها والانتفاع بها، سواء كان مأكولاً أو لم يكن مأكولاً، إلَّا جلد الخنزير والآدمي، وعن أبي يوسف: أن جلد الخنزير يطهر بالدباغ.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند عن ابن عباس ١/٢٩٣؛ وابن حبان في صحيحه ١١/٣١٢؛ والطبراني في الكبير ١٢/٢٠٠؛ والدارقطني في سننه ٣/٧.

(٢) في ب (إذلال وابتذال).

(٣) أخرجه أحمد في المسند عن عبد الله بن عكيم ٤/٣١١؛ وأبو داود (٤١٢٧)؛ والترمذي (١٧٢٩) وحسَّنه؛ والنسائي (٤٢٤٩)؛ وابن ماجه (٣٦١٣).

وقال مالك: جلد الميتة مطلقًا لا يطهر بالدبغ، ولا يجوز الانتفاع به[١]، وقال الشافعي: جلد الكلب لا يطهر بالدبغ قولاً واحدًا[٢]، وله في سائر السباع قولان.

وجه قول مالك رحمه الله: أنه جزء الميتة، وقال عليه الصلاة والسلام: «**لا تنتفعوا من الميتة بشيء**»[٣].

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**أيّما إهاب دبغ، فقط طهر**»[٤]، كالخمر تخلل، فيحل؛ ولأنه يطهر بالذكاة بالإجماع؛ لزوال الدم والدسومات، وإن كان لا يؤكل، وأثر الدبغ في إزالة تلك الدسومات فوق الذكاة.

بيع عظام الميتة وصوفها، وشعرها

(**ولا بأس ببيع عظام الميتة، وعصبها، وصوفها، وقرنها، وعقبها، وشعرها، وكذلك الانتفاع بهذه الأشياء**)، وقال الشافعي: كلها نجسة، لا يجوز الانتفاع بها؛ لأنها من أجزاء الميتة[٥].

ولنا قوله تعالىٰ: ﴿**وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَآ**﴾ الآية [النحل: ٨٠]، أطلق الانتفاع بهذه الأشياء؛ ولأنه لا حياة في هذه الأشياء، حتى لا يتألم بقطعها، وما لا حياة فيه، لا يحله الموت، وتأويل قوله عليه الصَّلاة والسَّلام:

---

(١) «وكان مالك يكره الوضوء في إناء جلد الميتة بعد الدباغ على اختلاف من قوله ...»، كما قال ابن عبد البر في الكافي ص١٩.

(٢) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١/٣٤٩؛ رحمة الأمة ص٣٥.

(٣) أخرجه الترمذي (١٧٢٩)، وقال: «حسن»؛ والنسائي (٤٢٤٩)؛ وابن ماجه (٣٦١٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١/١٤؛ وابن حبان في صحيحه ٤/٩٦، بلفظ: «بإهاب ولا عصب».

(٤) أخرجه الترمذي (١٧٢٨)، وقال: «حسن»؛ والنسائي (٤٢٤١)؛ وابن ماجه (٣٦٠٩)؛ وابن حبان في صحيحه ٤/٩٦؛ والطحاوي في شرح المعاني ١/٤٦٩.

(٥) انظر: العزيز في شرح الوجيز ١/٣٥٧؛ رحمة الأمة ص٣٦.

«**لا تنتفع من الميتة بإهاب ولا عصب**»[(١)]: ما دام رطبًا.

وعظم الخنزير نجس؛ لأنه نجس العين بجميع أجزائه، وعظم الفيل، عن محمد: أنه لا يجوز الانتفاع به، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه يجوز، وما يطهر بالدباغ، يطهر بالذكاة، وكذلك لحمها وإن كان لا يؤكل، حتى لو وقع في الماء القليل، أو في مانع آخر، لا يفسد، وقال الشافعي: ما لا يؤكل لحمه، لا يطهر بالذكاة[(٢)]، والمسألة في كتاب الصلاة.

رجل باع شخصًا على أنها جارية فإذا هو غلام

(**رجل باع شخصًا على أنها جارية، فإذا هو غلام، فلا بيع بينهما**)؛ لأن الذكر والأنثىٰ في بني آدم جنسان مختلفان؛ لاختلاف المنافع اختلافًا فاحشًا، والمبيع المضاف إلى جنس، لا ينعقد في جنس آخر، كما لو باع فصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، وقد ذكرنا هذا الأصل في كتاب النكاح.

ثم اختلفوا: أن هذا البيع باطل أم فاسد؟ قال بعضهم: باطل؛ لأنه بيع المعدوم، وبيع المعدوم باطل، وقال بعضهم: فاسد، وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالىٰ؛ لأنه باع المسمىٰ، وأشار إلى غيره فصار كأنه باع شيئًا على أن يُسَلِّمَ غيره، وذلك فاسد. [١٥٨/أ]

ولو اشترىٰ عبدًا على أنه خَبَّازٌ، أو كاتب، فإذا هو غير خباز، صَحَّ البيع، وله الخيار، أما جواز البيع[(٣)]؛ فلأنَّ الجنس واحد، ويُخَيَّر لفوات شرط مرغوب [فيه].

---

(١) هذا الحديث مشهور من حديث طويل عن عبد الله بن عكيم، أخرجه أحمد في المسند ٣١٠/٤؛ وأبو داود (٤١٢٧)؛ والترمذي (١٧٢٩)، وغيرهم. انظر: التلخيص الحبير ٤٧/١.

(٢) انظر: العزيز في شرح الوجيز ٣٤٦/١.

(٣) في ب، د (العقد).

البيع إلى الحصاد والدياس، والنيروز

(ولا يجوز البيع إلى الحصاد، والدياس، والنيروز، والمهرجان، والجزاز)؛ لأنه مجهول، يتقدم ويتأخر، وكذا إذا باع إلى صوم النصارىٰ؛ لأن المسلمين لا يعرفون وقت صومهم، وكذا إذا باع إلى فطر [النصارىٰ]، ولم يشرعوا في صومهم؛ لأن وقت الصوم إذا كان مجهولاً، كان وقت الفطر مجهولاً ضرورة، وإن باع إلى فطرهم وقد شرعوا في صومهم، جاز؛ لأن مدة صومهم بالأيام معلوم، وإذا شرعوا في الصوم، كان وقت فطرهم معلومًا.

الفرق بين البيع وبين الكفالة

فرق بين البيع وبين الكفالة: **(لو كفل إلى هذه الأوقات، يجوز)**، والفرق: أن الكفالة عقد تبرع، ومبناه على المساهلة، فيحتمل فيه الجهالة المستدركة، وهذه جهالة مستدركة؛ لأن أقصاها معلوم، فيمكن رفعها باعتبار الأقصىٰ، حتى لو كانت غير مستدركة، كالكفالة إلى هبوب الريح والمطر، لا يصح التأجيل، أما البيع [عقد] معاوضة، ومبناه على المماكسة، والمضايقة، فكانت الجهالة مفضية إلى المنازعة، فيمنع جواز العقد.

عُلُوٌّ لرجل وسُفْلٌ لآخر سَقَطَا، فباع صاحب العلو علوه

(عُلُوٌّ لرجل، وسُفْلٌ لآخر، سَقَطَا، فباع صاحب العلو علوه، يعني: حق التعلي، لم يجز)، وكذلك لو سقط العلو والسفل قائم، فباع صاحب العلو علوَّه، لم يجز؛ لأن مَحَلَّ البيع عين هو مال، أو حق يتعلق بالعين، وحق التعلي بالهواء، والهواء ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه، والهواء لا يقبل ذلك، فلا يجوز بيعه.

وكذا لو كان العلو والسفل لواحد، فانهدما، أو انهدم العلو، فباع حق التعلي، لم يجز.

بيع الشِّرْبَ في بيع الأرض

وإنْ باع الشِّرْبَ، إن باعه تبعًا للأرض جاز، وإن أفرده بالبيع في رواية: يجوز، وبه أخذ مشايخ بلخ؛ لأن الشرب عبارة عن حظ من الماء، والماء عين هو مال؛ ولهذا يضمن بالإتلاف.

ولو باع الشرب مع الأرض، كان له قسط من الثمن، حتى لو ادَّعىٰ أرضًا في يد إنسان أنه اشتراها بشِرْبِها بألْفٍ، وأقام شاهدين، فشهد أحدهما كذلك، وشهد الآخر أنه اشتراها بألف، ولم يذكر الشرب، لم تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما اختلفا في ثمن الأرض.

وفي رواية: بيع الشرب بدون الأرض لا يجوز؛ لمكان الجاهلة.

بيع الطريق وهبته

(**وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء لا يجوز**)، أما بيع الطريق، فإن أراد به رقبة الأرض، فرقبة الأرض مال معلوم، أما إذا بَيَّنَ الطُّولَ والعَرْضَ، فظاهر، وإن لم يبين، فهو مقدر بعرض باب الدار العظمىٰ. كذا ذكر في كتاب القسمة.

وإن أراد بالطريق حق التطرق دون رقبة الأرض، ذكر في «الزيادات»: أنه لا يجوز، وروىٰ ابن سماعة عن محمد: أنه يجوز

وذكر في كتاب القسمة، وجعل لحق المرور قسطًا من الثمن، وأنه يدل على جواز البيع، فعلى رواية الجواز، فرّق بين حق المرور وحق التعلي، والفرق: أن حق المرور يتعلق برقبة الأرض، ورقبة الأرض مال هو عين [مال]، فما يتعلق به كان له حكم المال، أما حق التعلِّي، يتعلق بالهواء، والهواء ليس بعين مال.

بيع المَسِيْل

وأما بيع المَسِيْل، إن اشترىٰ حق المسيل دون رقبة الأرض، لا يجوز باتفاق الروايات، أما إذا كان المسيل على السطح؛ فلأنه يتعلق بالهواء بمنزلة حق التعلي؛ ولأنه مجهول يختلف بقلة الماء وكثرته، وإن كان المسيل على الأرض، لا يجوز؛ لأنه مجهول يختلف بقلة الماء وكثرته، بخلاف حق التطرق، وفي رواية؛ لأنه معلوم.

وإن باع رقبة الأرض ليسيل الماء، إن بين موضعه وحدوده، جاز، وإن لم يبين، لا يجوز؛ لمكان الجهالة.

رجل اشترى عبدًا بخمر، وقبضه، فأعتقه

(**رجل اشترىٰ عبدًا بخمر أو خنزير، وقبضه، فأعتقه، أو وهبه، أو باعه، جاز، وعليه قيمته**)، وقال الشافعي: تصرفاته باطلة[1]؛ بناءً على أن البيع الفاسد عندنا: يفيد الملك عند اتصال القبض به، وعلى قول الشافعي: لا يفيد.

إذا ثبت الملك للمشتري، كان معتقًا ملك نفسه، [فينفذ] ويتقرر عليه قيمته.

وكذا لو باع هذا المشتري من غيره بيعًا جائزًا، ينفذ بيعه ويبطل حق البائع في الاسترداد، وإن آجره من غيره، كان للبائع أن ينقض الإجارة ويسترده.

اتفقت الروايات عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: أن المشترىٰ شراءً فاسدًا إذا قبض المبيع بإذن البائع، يملكه، وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع، هل يملكه؟ ذكر في المأذون: أنه لا يملكه، قالوا: ذاك محمول على ما إذا كان الثمن شيئًا لا يملكه البائع بالقبض: كالخمر والخنزير، فأما إذا كان شيئًا يملكه البائع، فقبض الثمن منه يكون [إذنًا له] بالقبض.

مسلم أمر نصرانيًا ببيع خمر أو شرائها

(**مسلم أمر نصرانيًّا ببيع خمر أو شرائها، فهو جائز، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز**) التوكيل، ويكون الوكيل مشتريًا لنفسه، لهما: أن التوكيل [١٥٧/ب] إقامة الغير مقام نفسه، فلا يصح إلَّا فيما يملكه بنفسه، والمسلم لا يملك بيع الخمر وشرائها، فلا يملك الإقامة.

---

(١) انظر: المهذب ٢٣/٣؛ رحمة الأمة ص٢٦٦.

ولأبي حنيفة: أن الوكيل في البيع والشراء عاقد لنفسه؛ ولهذا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، وترجع إليه الحقوق، وإنما يثبت الملك للموكل بطريق الانتقال من الوكيل لا بالعقد، والمسلم من أهل أن يثبت الملك له في الخمر بطريق الانتقال من الغير، فإنه يملك بالإرث، وكذلك لو أذن لعبده النصراني في التجارة، فاشترىٰ خمرًا، يصح، ويكون للمولىٰ، وإذا ثبت الملك للموكل، يخلل الخمر، ويسيب الخنزير، والمسألة معروفة.

اشترى دارًا بيعًا فاسدًا، وتقابضا

(**رجل اشترىٰ دارًا بيعًا فاسدًا، وتقابضا، لم يكن للبائع أن يأخذها من المشتري، حتى يَرُدَّ الثمن**)؛ لأن المشتري ما أزال يده عن الثمن إلَّا مقابلاً بثبوت يده على المبيع، فيجعل يد كل واحد منهما [مقابلاً] بالآخر؛ صيانة لمال المشتري، ويجعل المبيع في يده بمنزلة الرهن.

(**فإن مات البائع مفلسًا، كان المشتري أحق به، حتى يستوفي الثمن**)؛ لأنه كان مقدمًا على البائع حال حياته، فيكون مقدمًا على غرمائه [بعد] وفاته.

وإن كان البائع استهلك الثمن، يرد مثل الأول؛ لأن المقبوض بالبيع الفاسد، مضمون بالمثل إن كان مثليًا، وإن كان قائمًا، هل يَتَعَيَّنُ للرد؟ في رواية كتاب الصرف: يتعين، وجعله بمنزلة المغصوب، وفي رواية أخرىٰ: لا يتعين، كما لا يتعين في البيع الجائز.

رجل باع دارًا بيعًا فاسدًا، فبناها المشتري

(**رجل باع دارًا بيعًا فاسدًا، فبناها المشتري، قال: ليس للبائع أن يأخذها، ولكنه يأخذ قيمتها، ثم قال: شك يعقوب بعد ذلك في الرواية، وقال أبو يوسف [ومحمد]: ينقض البناء، ويرد الدار على صاحبها**)، وذكر في كتاب الشفعة: أن الشفيع يأخذها بالشفعة بقيمتها، ولم يذكر الشك في الرواية، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شفعة فيها، وإن غرس فيها نخلاً، فهو على الخلاف أيضًا.

لهما: أن حق البائع في الاسترداد، فوق حق الشفيع، ألا ترىٰ أن البائع يسترد من غير قضاء ولا رضا، والشفيع لا يأخذ إلَّا بقضاء أو رضا، والمشتري لو بنىٰ في الدار المشتركة بناءً لا يبطل حق الشفعة، بل ينقض البناء لحقه؛ فالبائع أولىٰ.

ولأبي حنيفة: أن المشتري تصرف بتسليط البائع، فلا ينقض تصرفه لحقه، كما لو باعها بخلاف الشفيع؛ لأن الشفيع ما سلطه على التصرف، ألا ترىٰ أنه ينقض بيعه لحق الشفيع، فكذلك البناء.

وقوله: «شك يعقوب في الرواية»، معناه: أنه شك هل سمع من أبي حنيفة أم لا؟، وذكر المسألة في كتاب الشفعة في مواضع على الخلاف الذي ذكرنا، ولم يذكر الشك.

وإن آجرها المشتري، لا يبطل حق البائع في الاسترداد، بل ينقض الإجارة، ويرد على البائع؛ لأن الإجارة تنفسخ بالأعذار، فتنفسخ لحق البائع، بخلاف الرهن؛ لأنه عقد لازم، [لا ينفسخ بالأعذار]، فلا ينفسخ لِحَقِّ البائع.

اشترى من رجل دارًا فباعها قبل القبض

(رجل اشترىٰ من رجل دارًا، فباعها قبل القبض، جاز بيعه، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر والشافعي: لا يجوز[1])، وإن آجرها قبل القبض، قيل: هو على الاختلاف أيضًا، وقيل: بأنها لا تجوز بالاتفاق، وعليه الفتوىٰ.

إكراه السلطان على البيع والطلاق والنكاح

(السلطان إذا أكره رجلاً حتى باع عبده، لا يجوز، وإن أكره على طلاق أو عتاق أو نكاح، ففعل، جاز)؛ لأن الإكراه بعدم الرضا، والرضا شرط لجواز البيع، قال الله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]؛ ولهذا لا يَصِحُّ بيع الهازل، أما الرضا ليس بشرط في الطلاق، والعتاق، والنكاح؛ ولهذا يصح مع الهزل، فيصح مع الإكراه.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٣١.

شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن

(رجل اشترىٰ جارية بألف، وقبضها، ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة، لا يصح البيع الثاني)، وقال الشافعي، يصح، والمسألة معروفة.

اشترىٰ ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، لا يجوز عندنا، خلافًا للشافعي.

لنا: حديث عائشة رضي الله عنها: «**أن امرأة جاءت إليها وقالت لها: اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمان مئة درهم إلى العطاء، ثم بعتها منه بستمائة حالة، فقالت عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله إن لم يتب**»(١)، والمعنىٰ فيه: أن الألف وإن وجبت للبائع بالعقد الأول، لكنها على شرف السقوط؛ لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبًا، فيرد، فيسقط الثمن عن المشتري، وبالبيع الثاني يقع الأمر عنه، فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريًا ألفًا بخمسمائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطًا؛ ولأنه ربح ما لم يضمن.

[١٥٩/أ] ثم فرع محمد عليها فقال: **(لو اشترىٰ جارية بخمسمائة، وقبضها، ثم باعها مع جارية أخرىٰ من البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة، فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع، ويبطل في الأولىٰ)**(٢)؛ لأن فساد العقد في التي اشتراها من البائع باعتبار شبهة الربا، وأنه فساد ضعيف مختلف فيه، فلا يتعدىٰ إلى المضموم إليها.

---

(١) الحديث أخرجه أحمد والدارقطني والبيهقي من طرق، كما ذكر الحافظ في الدراية ١٥١/٢.

(٢) في نسخ الجامع: (في الأخرىٰ)، ص٣٣٣.

ما يتعين من العقود بالتعيين

(رجل اشترىٰ جارية شراءً فاسدًا، وتقابضا، فباع الجارية وربح فيها، تصدق بالربح، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن).

الأصل فيه: أن المال على نوعين: نوع يتعيَّن في العقود، كالعروض، ونوع لا يتعين، والحِنْث نوعان: حنث لعدم الملك، وحنث لفساد الملك.

فالحنث لعدم الملك يعمل في النوعين جميعًا، حتى أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو في الوديعة، والمغصوب والوديعة عرض أو من النقود، وأدىٰ ضمانها للمالك، وبقي الربح، يتصدق بالربح في قول أبي حنيفة [ومحمد]؛ لأن فيما يتعين بالتعيين، هذا بدل مال الغير، فيثبت حقيقة الحنث، وفيما لا يتعين بالتعيين، إن لم يكن هذا بدل مال الغير؛ لأن العقد لا يتعلق به، بل يتعلق بمثل ذلك في الذمة، لكن إنما يتوسل إلى الربح (بأداء)[1] المغصوب والوديعة، فيتمكَّن فيه شبهة الحنث، فيتصدق بالربح.

والحنث لفساد الملك دون الحنث لعدم الملك، فتوجب شبهة الحنث فيما يتعين، وشبهة الشبهة فيما لا يتعين، وشبهة الشبهة لا تعتبر؛ ولهذا قال: يتصدق المشتري بالربح، [ولا] يطيب للبائع ما ربح، وهذا على الرواية التي: لا تتعين الدراهم [والدينار] للردِّ في البيع الفاسد.

أما على الرواية التي: تتعين، يكون بمنزلة المغصوب.

ادَّعَى على آخر ألفاً فقضاه وربح ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء

(وكذا لو ادَّعَىٰ على آخر ألف درهم، فقضاه، وربح فيها، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء، يغرم مثلها، ولا يتصدق بالربح)؛ لأنه قبض الدراهم بدلاً عما يزعم أنه ملكه، وهو الدين، فإذا ظهر أنه لم يكن عليه دين، كان المقبوض بدل المستحق، وبدل المستحق مملوك ملكًا فاسدًا، والحنث لفساد الملك لا يظهر فيما لا يتعين.

---

(١) في ب (ببدل).

شراء جارية بألف وفي عنقها طوق بألف مثقال، ونقد الألف

رجل اشترىٰ جارية - قيمتها ألف مثقال، وفي عنقها طوق فيه ألف مثقال - بألفي مثقال، ونقد الألف، ثم افترقا، فالمقبوض ثمن الطوق)؛ لأن العقد في الطوق صرف، وقبض بدل الصرف واجب قبل الافتراق، وقبض ثمن الجارية ليس بواجب، ولا معارضة بين الواجب وغير الواجب، فيجعل عن الواجب.

(وكذا لو اشتراها بألفي مثقال، ألف منها نقدًا، وألف نسية، فالنقد ثمن الطوق)؛ لأن تأجيل بدل الصرف حرام، والظاهر من حال المسلم أن لا يميل إلى الحرام.

باع مدبرة فهلكت عند المشتري

(رجل باع مدبره أو أم ولده، فهلكت عند المشتري، لا ضمان عليه)، وروىٰ المعلىٰ عن أبي حنيفة: أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع، كما يضمن بالغصب، ومشايخنا رحمهم الله تعالىٰ صححوا هذه الرواية، **(وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن قيمتهما)**.

لهما: أن المدبرة محل البيع، وكذلك أم الولد، ألا ترىٰ أنه لو قضىٰ القاضي بجواز بيع المدبر، ينفذ قضاؤه، وكذا لو قضىٰ بجواز بيع أم الولد، ينفذ في قول أبي حنيفة.

[ولو باع المدَبَّر من نفسه، أو باع أم الولد من نفسها، يجوز]، ولو جمع بينهما وبين القِنِّ وباعهم صفقة واحدة، جاز البيع في القِنِّ ولو لم يكن المدبر وأم الولد محلاً للبيع؛ لما جاز البيع في القِنِّ، كما لا يجوز فيما إذا اجمع بين قِنٍّ وحُرٍّ وباعهما صفقة واحدة؛ إلَّا أنه لا يثبت حكم البيع فيهما؛ صيانة لحقهما، فبقي مقبوضًا بجهة البيع، فيكون مضمونًا.

ولأبي حنيفة: أن جهة البيع معتبرة(١) بالحقيقة فيما يحتمل حكم البيع، والمدبر لا يحتمل حكم البيع، وكذا أم الولد، فلم يكن هذا قبضًا بجهة البيع، بقي هذا قبض مال الغير بإذنه، فلا يكون مضمونًا.

شراء عبد بميتة، وقضبه

وإن اشترىٰ عبدًا بميتة، أو دم، وقبضه، لا يملكه، وإن هلك في يده، روىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يكون مضمونًا عليه، وروىٰ ابن سماعة عن محمد: أنه يكون مضمونًا عليه، وذكر في «السِّيَرِ الكبير»: أنه يكون مضمونًا، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي في «شرح الجامع الكَبير»: أن الصحيح ما ذكر في «السير»؛ لأنه لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء.

وذكر في «أيمان الجامع»: رجلان لكل واحد منهما عبد، فقال أحدهما: إن كان فلان دخل هذه الدار أمس، فعبدي حر، وقال الآخر، إن لم يكن فلان دخل هذه الدار، فعبدي حر، ولا يدرىٰ أدخل أم لا؟ ثم أن المولیين تقايضا بالعبدين، وقبضا، ضمن كل واحد منهما قيمة عبد صاحبه، وإن زعم كل واحد منهما أنه باع عبده بحر. [١٥٨/ب]

(١) في ب (ملحق).

بَابُ
مَا يُكَالُ أَوْ يُوْزَنُ[١]

باع رطلين من لحم برطل من شحم البطن بأعيانهما

(رجل باع رطلين من شحم البطن، برطل من الألية، أو باع رطلين من لحم برطل من شحم البطن، بأعيانهما، جاز)؛ لأن اللحم والشحم والألية أجناس مختلفة؛ لاختلاف صورها ومنافعها، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم**»[٢].

باع بيضة ببيضتين أو تمرة بتمرتين

(وكذا لو باع بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين، [أو فَلْسًا بفلسين]، أو تمرة بتمرتين، بأعيانهما، جاز)؛ لأن ربا الفضل إنما يظهر عند اتحاد الجنس والقَدْرِ: وهو الكيل أو الوزن، وقد انعدم القَدْر هاهنا.

وإن كان أحدهما نسيئة، لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

ولو باع فلسًا بفلسين [بأعيانهما]، جاز، وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إما أن كانا عَيْنَيْن، أو دَيْنَيْن، أو أحدهما عَيْنًا والآخر دَيْنًا، فإن كانا دَيْنَيْن، أو أحدهما [دَيْنًا]، لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ.

---

(١) من هنا (باب ما يكال ...)، إلى (باب الاستحقاق)، سبعة أبواب ساقطة من أصل نسخة الجامع الصغير (مع شرح الشهيد) (طبعة الباز)، فيلاحظ.

(٢) قال الزيلعي: «(كيف شئتم): غريب بهذا اللفظ، وروىٰ الجماعة إلَّا البخاري، من حديث عبادة بن الصَّامت، أنَّ رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم قال: (الذهب بالذهب ...، وإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد)». نصب الراية ٤/٤.

وإن كانا عَيْنَيْن، جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد والشافعي: لا يجوز؛ وهذا بناءً على أن الفلوس هل تتعَيَّن بالتَّعيين؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف: تَتَعَيَّن، حتى لو هلك قبل القبض، ينتقض العقد، ولو أراد أن يدفع غيرها مكانها، لم يكن له ذلك، وقال محمد: لا تتعين.

وجه قوله: أن الفلوس ثمن، ألا ترىٰ أنه لو قوبل بجنس آخر، كان ثمنًا، فكذلك إذا قوبل بجنسه، وبيع الثمن [بجنسه] واحداً بالاثنين، لا يجوز، ولا يتعين بالتعيين، كالدراهم والدنانير.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنه كان مُثَمَّنًا في الأصل؛ لأنه صُفر، وإنَّما صار ثمنًا باصطلاح الناس، فإذا أقدما على البيع، ولا صحة لهذا البيع إلَّا بعد بطلان وصف الثمنية، كان ذلك إبطالاً لوصف الثمنية، فيعود مثمنًا، إلَّا أنه عددي، فيجوز بيع الواحد بالاثنين، كالبيضة بالبيضتين ونحوه.

وكلّ شيء ينسب إلى الرطل، فهو وزني، [مثل الآمناء].

وتفسيره: وهو أن ما يباع بالأَوَاقِيِّ[1] كالدهن ونحوه، فهو وزني؛ لأن الأواقي قدرت بالوزن، فصار وزنيًّا.

وفائدة ذلك: أن ما يباع بالأواقي إذا بيع مكايلة بكيل غير الأواقي، سواء بسواء، لا يجوز؛ لأنه باع الموزون بالموزون، بالكيل الذي لم يُقَدَّر بالوزن، فيكون مجازفة، فيبطل.

---

(١) والمفرد: الأُوقِيَّة ـ بضم الهمزة وبالتشديد ـ، وهي ـ الفضة ـ ٤٠ درهمًا = ١١٩,٠٤ غرامًا، وأوقية الأشياء = ٧,٥ درهمًا = ٢٣,٧٨٢ غرامًا. انظر: المصباح المنير؛ معجم لغة الفقهاء (وقي).

شراء ما يكال أو يوزن ثم بيعه قبل الكيل أو الوزن

(رجل اشترىٰ شيئًا مما يكال، أو يوزن، أو يُعَدُّ، وقبضه، ثم باعه قبل أن يكيله، أو يزنه، أو يعده، فالبيع فاسد فيما يكال أو يوزن.

ولو اشترىٰ ثوبًا مذارعة، وقبضه ثم باعه قبل الذرع، جاز)، أما إذا اشترىٰ مكيلاً أو موزونًا، فإن كان بعينه، وقد اشتراه مجازفة، وقبضه، له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن؛ لأنه لمَّا [اشترىٰ ذلك] مجازفة، ملك جميع ما كان مشارًا إليه، فكان متصرفًا في ملك نفسه.

وإن اشتراه بشرط الكيل أو الوزن، فإن قال: اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة، أو كذا منًّا، وقبضه، لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل؛ **(لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع، وصاع المشتري)**؛ ولأن المشتري لم يملك إلَّا عشرة أقفزة، واحتمال الزيادة والنقصان ثابت قبل الكيل، فلا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل، كيلا يكون متصرفًا في مال الغير، وقد مَرَّ قبل هذا.

وإن كان البائع كَالَهُ قبل البيع بحضرة المشتري، أو عند غيبته، لا يكتفىٰ به؛ لما ذكرنا أن المشتري لم يملك إلَّا مقداراً [معلومًا]، واحتمال الزيادة والنقصان ثابت.

وإن كاله بعد البيع بحضرة المشتري، قال بعضهم: يحتاج إلى الكيل ثانيًا لظاهر النص، وقال بعضهم: لا يشترط، وهو الصحيح؛ لأن سبب وجود الكيل: هو البيع بشرط الكيل، ولم يوجد إلَّا بيع واحد، وبالكيل الواحد صار المبيعُ معلومًا عند المشتري، وقد ذكرنا أن الحديث محمول على ما إذا وجد [عقدان][1] بشرط الكيل، وصورة ذلك ما مر قبل هذا.

---

(١) في أ (بيعان)، والمثبت من ب، د.

وإن كاله البائع بعد البيع عند غيبة المشتري، اختلفوا فيه، والصحيح: أنه يشترط الكيل مرة أخرىٰ؛ لأن الكيل في بيع المكايلة من تمام التسليم؛ لأن تمييز المبيع من غير المبيع لا [يحصل] إلَّا بالكيل، والتسليم من الغائب لا يتحقق، فلا يصير المبيعُ معلومًا عند المشتري.

لو باع شيئًا بمكيل أو موزون في الذمة وقبضه من غير كيل

ولو باع شيئًا بمكيل أو موزون في الذمة، وقبضه من غير كيل [ووزن، جاز] له أن يتصرف فيه قبل الكيل [والوزن]؛ لأن التصرف في الثمن قبل القبض جائز، فقبل الكيل أولىٰ، وكذا إذا ملك مكيلاً أو موزونًا بهبة، أو ميراث، أو وصية، أو استفاد من أرضه وباعه مجازفة، جاز للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل؛ لأن سبب وجوب الكيل: التمليك بشرط الكيل، ولم يوجد، هذا إذا كان المبيع مكيلاً أو موزونًا. [١٦٠/أ]

إن كان المبيع مذروعًا أو عدديًا، وقبضه

وإن كان مذروعًا وقبضه، جاز له أن يتصرف فيه قبل الذرع، سواء اشتراه مجازفة، أو على أنه عشرة أذرع؛ لأن المشتري ملك الثوب المشار إليه، وإن كان ذرعان أكثر؛ لأن الذرع صفة في المذروعات؛ إذ الصفة ما تتغير حال غيره به، وهو متصل به، وبزيادة الذرعان تزداد قيمة الجملة، فكان الذرع صفة؛ ولهذا لا ترد [الزيادة] على البائع، ولا يرجع بالنقصان على البائع، فكانت الزيادة مبيعًا تبعًا، فلا يختلط المبيع بغير المبيع، بخلاف المكيل والموزون؛ لأن الزيادة في كل قفيز منها أصل، وليس بتبع، فيختلط المبيع بغير المبيع.

وإن كان المبيع عدديًّا، واشتراه مجازفة، وقبضه، جاز له التصرف فيه قبل العد؛ لما ذكرنا في الكيلي والوزني.

وإن اشتراه على أنه كذا، وقبضه، فباعه أو تصرف فيه قبل العَدِّ، لم يذكر هذا في الكتاب، وروي عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وهو اختيار الكرخي، وعنه في رواية أخرىٰ: أنه يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

لهما: أنه كما يجوز بيع الواحد بالاثنين في المذروعات، يجوز في العدديات، ولا يجوز في المكيلات، فكان العددي ملحقًا بالمذروعات.

ولأبي حنيفة: أن التصرف في المكيل والموزون إنما كان حرامًا قبل الكيل؛ لاختلاط المبيع بغير المبيع، والاختلاط هاهنا موجود، ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ جوزًا على أنه ألف، فوجده أكثر، لا يسلم له الزيادة، ولو كان أقل من الألف يستردّ حِصَّة النُّقصان من البائع، فإذا اشتركا في العلة، اشتركا في الحكم.

شراء ما يكال أو يوزن وبعد القبض وجد ببعضه عيبًا

(**رجل اشترىٰ شيئًا مما يكال أو يوزن، [فقبضه] فوجد ببعضه عيبًا، أخذه كلّه، أو رده كلّه**)، وليس له أن يرد المعيب خاصة؛ لأن تمييز المعيب عن غير المعيب توجب زيادة العيب في المعيب؛ لأن المعيب إذا كان مع غيره، يشترىٰ بأكثر مما يشترىٰ عند الانفراد، فلا يملك الرد بزيادة عيب، قالوا: هذا إذا كان في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين، له أن يردَّ المعيب خاصة، [كما لو اشترىٰ شيئين، فوجد بأحدهما عيبًا بعد القبض، جاز له أن يردَّ المعيب خاصَّة].

وقيل: التقييد بوعاء [واحد]، أو وعاءين: [على] قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: لا يرد المعيب خاصة، وإن كان في وعاءين؛ لأن عنده: المكيل والموزون شيء واحد، كذا ذكره في «النوادر» رواية عنه.

اشترى تمرًا في عدلين فوجد بأحدهما عيبًا

ولو اشترىٰ تمرًا في عدلين، فوجد بأحدهما عيبًا، يرد الكل أو يمسك الكل، وهذا إذا كان بعد القبض، فإن كان قبل القبض، رَدَّ الكل أو أمسكه، سواء كان في وعاءين أو في وعاء واحد؛ لأن في رد البعض تفريق الصفقة قبل تمامه.

استحقاق البعض بعد القبض

(وإن استحق بعضه [بعد القبض] ليس له أن يرد ما بقي) بسبب الشركة؛ لأن الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبًا، وعن أبي حنيفة في رواية: له أن يرد ما بقي؛ لأن الشركة فيها توجب مَؤُوْنَة القسمة، وفيه ضرر بالمشتري، فكان له أن يرد ما بقي، **(كما لو اشترىٰ ثوبًا وقبضه، فاستحق بعضه)**.

وفي خيار الرؤية: إن اشترىٰ مكيلاً أو موزونًا في الوعاء، فرأىٰ بعضه ورضي به، لا يكون له أن يرد الباقي، سواء كان في وعاء أو في وعاءين، وهو الصحيح، وقال مشايخ بلخ: في الوعاءين له أن يرد الآخر، [والأوَّل أصَحّ]؛ لأن رؤية أحدهما يعرف حال الآخر.

اشترى زيتًا على أن يزنه بظرفه، ويطرح عنه مكان الظرف

(رجل اشترى زيتًا على أن يزنه [بظرفه]، ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً، فهو فاسد)؛ لأن مقتضىٰ العقد: أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد، وعسىٰ يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر، فإذا شرط أن يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً، فقد شرط شرطًا يخالف مقتضىٰ العقد، فيفسد، **(ولو اشترىٰ على أن يطرح عنه بوزن الظرف، جاز)**؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد.

شراء عشرة أذرع من مئة من دار

(رجل اشترىٰ عشرة أذرع من مئة ذراع من دار أو حَمَّام، فالبيع فاسد على قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: البيع جائز) إذا كانت الدَّار مئة ذراع.

لهما: أن عشرة أذرع من مئة ذراع من الدار، عُشر الدار، فيجوز، كما لو قال: بعت منك عشر الدار، أو قال: بعت منك عشرة أسهم من مئة سهم من الدار.

ولأبي حنيفة: أن الذراع: اسم لما يذرع به، وهي الخشبة، وقد يستعار للممسوح مجازًا؛ لحلول فعل الذرع فيه، والشائع لا يحله الذرع، فقبل الذرع محل العقد معدوم أو مجهول، فلا يجوز العقد، بخلاف السهم؛ لأنه اسم لجزء شائع وذكر الخصاف: أن العقد فاسد لجهالة جملة ذرعان [الدَّار]، حتى لو عرفت جملة الذرعان، جاز عنده.

وجواب الكتاب مطلق، وهو الصحيح، ووجهه ما ذكرنا. [١٥٩/ب]

اشترى دارًا على أنها ألف ذراع، فوجدها أكثر، أو أنقص

(**رجل اشترىٰ دارًا على أنها ألف ذراع، فوجدها أكثر من ذلك، فهي كلها له**)؛ لِمَا ذكرنا: أن زيادة الذرعان في المذروع بمنزلة الصفة، فيستحق تبعًا للجملة.

وإن اشتراها على أنها ألف ذراع، كل ذراع بدرهم، فوجدها أكثر، فهو بالخيار: إن شاء أخذها وزاد في الثمن بحساب ذلك، وإن شاء ترك.

وإن وجدها أنقص، أخذها بحِصَّتِها إن شاء)؛ لأن الذرعان صفة في المذروع؛ لما ذكرنا، إلَّا أنه يحتمل أن يكون مقصودًا؛ لأنه شيء منتفع في نفسه، فإذا سمىٰ لكل ذراع ثمنًا، فقد جعله مبيعًا مقصودًا؛ لأن المبيع المقصود ما يقابله الثمن وإن لم يسم لكل ذراع ثمنًا، بقي بيعًا[1]، فتسلم الزيادة للمشتري من غير ثمن، ولا خيار له؛ لأنه وجده أكمل مما شرط، فلا يخير، كما لو اشترىٰ عبدًا على أنه أعمىٰ، فوجده بصيرًا، وإن انتقص كان له الخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء [ترك][2]، كما لو اشترىٰ عبدًا على أنه بصير، فوجده أعمىٰ.

---

(١) في هامش ب زيادة: (مطلقًا غير مقصود).

(٢) في الأصل (ردّه)، والمثبت من ب، د.

وإن سمّىٰ لكل ذراع ثمنًا، وزاد، يخير المشتري: إن شاء أخذه وزاد في الثمن بحسابه، وإن شاء ترك؛ لأنه ربما لا يكون له ثمن الزيادة، ولا يمكنه أخذ ما سمىٰ إلَّا بزيادة ثمن، فيخير.

وإن انتقص، كان له الخيار أيضًا؛ لأنه رغب في شرائه بشرط أن يكون طويلاً، فإذا تغير عليه شرطه، يخيَّر، فإذا اختار الأخذ، يسترد حصة النقصان؛ لأنه لمّا سمىٰ لكل ذراع ثمنًا، أخذ كل ذراع قسطًا من الثمن، فيسترد حصة ما لم يسلم له.

فإن قيل: إذا وجده أقل مما سمّىٰ، وقد سمّىٰ لكل ذراع ثمنًا، وجب أن يفسد العقد في قول أبي حنيفة؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في عقد واحدٍ، فيفسد العقد في الموجود، كما لو اشترىٰ ثوبين على أنهما هَرَويان، فإذا أحدهما هَرَوي، والآخر مَروي، فسد العقد عنده.

قلنا: الذرع وإن صار أصلاً بتسمية الثمن، فهو وصف حقيقة، فكان أصلاً من ووجه دون وجه، فمن حيث إنَّه أصل، لا يسلم له الزيادة إلَّا بعوض، ومن حيث إنه وصف، لا يفسد العقد فيما وجد بفواته، كما لو فات وصف آخر، بخلاف تلك المسألة؛ لأن ثمة كل واحد من الثوبين أصل من كل وجه، وكذلك كل مذروع وممسوح.

اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف

وإن اشترىٰ ثوبًا على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف، قال أبو حنيفة: يأخذه بعشرة دراهم من غير خيار، وقال أبو يوسف: يأخذه بأحد عشر إن شاء، وقال محمد: يأخذه بعشرة ونصف إن شاء.

وإن وجده تسعة ونصف، قال أبو حنيفة: يأخذه بتسعة دراهم إن شاء، وقال أبو يوسف: يأخذه بعشرة دراهم إن شاء، وقال محمد: يأخذه بتسعة ونصف إن شاء.

لمحمد: أنّه لمَّا سمّىٰ لكل ذراع درهمًا، كان كل نصف ذراع بنصف درهم.

ولأبي يوسف: أنه لمّا صار كل ذراع أصلاً، وصار كل ذراع بمثل ثوب على حدة، ففيما زاد على العشرة، صار كأنه قال: بعتك هذا بدرهم، على أنه ذراع، فإذا وجده دون الذراع، كان له الخيار: إن شاء أخذه بدرهم، وإن شاء تركه، ولا يسقط شيء من الثمن، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن الذرعان صفة في الثوب، وإنما يصير أصلاً ومقصودًا بالتسمية، وتسمية الثمن وجدت للذراع؛ لأنه لما دون [الذراع]، فلم يصر ما دون الذراع أصلاً، فإذا وجد عشرة ونصف، يأخذ الزيادة بغير شيء، وإذا وجد تسعة ونصف، يُخَيَّر: إن شاء أخذه بتسعة، وإن شاء تركه لتغير شرط العقد.

قيل: هذا في ثوب يختلف جوابها: كالعمائم، والأقبية، ونحوها؛ لأن قطع البعض [عن البعض]، يوجب نقصانًا فيه، فأما إذا كان كرباسًا، أو ثوبًا آخر، لا يتفاوت جوانبه، فاشتراه على أنه عشرة أذرع، ولم يذكر لكل ذراع ثمنًا، فوجده أكثر [من ذلك]، لا يسلم له الزيادة؛ لأن القطع في مثل هذا الثوب لا يوجب النقصان، فكان بمنزلة المكيل والموزون؛ لأنهما أشياء في الحقيقة، وإنما اعتبرنا شيئًا واحدًا باعتبار أن القطع وإفراد البعض عن البعض يوجب [التعييب]، فإذا انعدم ذلك، بقي على الحقيقة.

وعلى هذا قالوا: لو باع ذراعًا من هذا الكبرباس، يجوز؛ لأنه يمكنه تسليم المبيع من غير ضرر.

باع ذراعًا من ثوب من أوله على أن يقطعه البائع

(**رجل باع ذراعًا من ثوب من أوله، على أن يقطعه البائع أو المشتري، أو لم يذكرا قطعًا، فالبيع باطل**)؛ لأن قطع الذراع يوجب نقصانًا في الباقي، فلا يمكنه تسليم المبيع إلَّا بضرر يلحقه في غير المبيع، فلا يجوز، كما لو باع جذعاً في سقف، فلو قطعه وسلَّمَ قبل نقض البيع، [ينقلب] البيع جائزًا؛ لزوال المانع من التسليم، وقيل: ينعقد بينهما عقد بطريق التعاطي، وقيل: هذا محمول على ثوب يعد القطع فيه نقصانًا، فإن كان لا يوجب نقصانًا، يجوز.

[١٦١/أ] وكذا لو باع ذراعًا من موضع معين من الخشبة، لا يجوز، فإن قطع وسَلَّم، ينقلب جائزًا.

اشترى ثوبًا كل ذراع بدرهم ولم يعلم جملة الذرعان: على وجوه:

(رجل اشترىٰ ثوبًا كل ذراع بدرهم، ولم يعلم جملة الذرعان[1]، [فالبيع] فاسد، فإذا علم بالذرع، فهو بالخيار: إن شاء أخذ كل ذراع بدرهم، وإن شاء ترك، وقال أبو يوسف ومحمد: البيع جائز، ويلزمه الثوب كل ذراع بدرهم، علم أو لم يعلم).

وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: أحدها: أنْ يُبَيِّن جملة الذرعان [ولم يُبَيِّن] جملة الثمن، فقال: بعت منك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فهو جائز؛ لأن المعقود عليه معلوم، وجملة الثمن صار معلومًا ببيان ذرعان الثوب.

والثاني: أن يُبَيِّن جملة الثمن، ولم يُبَيِّن جملة المعقود عليه، فقال: بعت منك هذا الثوب بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم، وهذا جائز أيضًا؛ لأنه لمّا سمىٰ لكل ذراع درهمًا، وبين جملة الثمن، صار جملة الذرعان معلومًا.

---

(١) في ب (قدر الذرعان)، وفي د (الذرع)، وفي نسخة الجامع (عدد).

والثالث: أن يقول: بعت منك هذا الثوب كل ذراع بدرهم، ولم يسم جملة الذرعان، ولا جملة الثمن، وهي مسألة الكتاب، على قول أبي حنيفة: لا يجوز، وعلى قولهما: يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا باع دارًا كل ذراع بدرهم، أو باع قطيعًا من الغنم، كل شاة بعشرة دراهم.

لهما: أن المبيع معلوم، والثمن معلوم؛ لأن طريق المعرفة في يده، وهو الذرع والعَدُّ، وقيام طريق المعرفة في حق جواز البيع بمنزلة حقيقة المعرفة؛ ولهذا لو باع شيئًا بوزن هذا الحجر ذهبًا، يجوز.

ولأبي حنيفة: أنه باع بثمن مجهول؛ [لأن جميع ما يلزمه من الثمن في الحال مجهول]، فلا يجوز، كما لو باع ثوبًا برقمه، وبه تبيّن أن قيام طريق المعرفة لا يكفي؛ إذ ما من جهالة إلَّا ولها طريق الرفع في الجملة.

باع شيئًا بوزن هذا الحجر ذهبًا

وأما إذا باع شيئًا بوزن هذا الحجر ذهبًا، فعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، ثم قال: وإذا علم ذلك صحّ، ولم يوفيه بالمجلس، والصحيح: أنه إذا علم بعد الافتراق، لا يصح، وإنَّما يصح إذا علم في المجلس؛ لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، فصار العلم في المجلس كالعلم حالة العقد، أما إذا افترقا، تقرر الفساد؛ لجهالة في الثمن، فلا ينقلب جائزًا، بخلاف ما إذا كان الفساد بحكم شرط زائد كالأجل المجهول.

وشرط الخيار أربعة أيام؛ لأنَّ الفساد ثَمَّة لم يتمكن في صلب العقد، فلا يتقيد بالمجلس؛ لأن ثمة لا يظهر الفساد في الحال، وإنَّما [يظهر] الفساد عند دخول اليوم الرابع، ونحوه.

اشترى طعامًا كل قفيز بدرهم

(رجل اشترىٰ طعامًا، كل قفيز بدرهم، فالبيع وقع على قفيز [واحد]، فإن كاله ودفع إليه كل قفيز بدرهم، جاز قبل الافتراق، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: البيع جائز في جميع الطعام، كل قفيز بدرهم).

وهذه المسألة على وجهين: إمَّا أنْ قال: بعتك هذا الطعام كل قفيز بدرهم، أو قال: بعتك كل قفيز من هذا الطعام بدرهم، عندهما: يجوز البيع في الوجهين في الكل، وعند أبي حنيفة: في قفيز واحد.

عندهما: لا فرق بين الطعام وبين غيره، كالقطيع والثوب ونحو ذلك، وحجتهما: ما ذكرنا في المسألة الأولىٰ.

وأبو حنيفة فرَّق بين الطعام وبين غيره(١) من المكيل والموزون، فقال: في المكيل والموزون: يجوز في قفيز واحد، وفي الشاة والثوب ونحوه، لا يجوز أصلاً، والفرق لأبي حنيفة: أن كلمة «كل» إذا دخلت على جملة لا يعلم منتهاها، يتناول الواحد، ولهذا لو قال: لفلان عَلَيَّ كل درهم، يلزمه درهم واحد.

وكذا لو أجَّر داره كل شهر بدرهم، لزمه العقد في شهر واحد، وكذا لو كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر [بدرهم]، لزمته الكفالة في شهر واحد، فكذلك في هذه المسائل، ينصرف العقد إلى واحد من الجملة؛ لأن جملة ذرعان الثوب، وقفزان الطعام، وعدد القطيع، ليس بمعلوم، إلَّا أن بيع ذراعًا من الثوب، وشاة من القطيع، لا يجوز؛ لأن الذرعان مما يتفاوت [وكذلك الشَّاة]، فيؤدي إلى المنازعة، أما القفزان مما لا يتفاوت، فجاز البيع في قفيز واحد.

وهما يقولان: بلىٰ، كلمة «كل» إذا دخلت على جملة غير معلومة تتناول الأدنىٰ، وهاهنا دخلت على جملة معلومة بالإشارة، فتتناول الكل، كما لو دخلت على جملة معلومة بالتسمية.

---

(١) في د زيادة (كالقطيع والثوب).

وإذا جاز البيع على قول أبي حنيفة في قفيز واحد، كان له الخيار؛ لتفرُّق الصَّفقة عليه، وكذا لو علم في المجلس بجملة الذرعان، حتى جاز البيع في الكل، كان له الخيار؛ لِمَا قلنا في مسألة الثوب والقطيع.

وعندهما: يجوز البيع في الكل في هذه المسائل، ولا خيار له؛ لأنه سلم له جميع ما اشترىٰ.

باع هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبًا بألف ولم يسم لكل ثوب ثمنًا

ولو قال: بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبًا بألف، ولم يسم لكل ثوب ثمنًا، فزاد أو نقص، فسد العقد، أما إذا زاد؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع، فيجب ردّها، وأنها مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، وإن نقص؛ فلأن حِصَّة النقصان تسقط عن المشتري، وهي غير معلومة، وجهالته توجب جهالة الباقي.

فرق بين هذا وبينما إذا باع ثوبًا على أنها عشرة أذرع بعشرة دراهم، فزاد، كانت الزيادة للمشتري، وإن نقص، لا يسترد حصة النقصان؛ لأن الذرعان صفة حقيقة، أما بعض الثياب لا يكون تبعًا للبعض، فالعقد المضاف إلى [١٦٠/ب] عدد، لا يتناول غير ذلك العدد، فالثياب في الرزمة بمنزلة القفزان في الصُّبْرَة.

ولو قال: بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبًا بألف، كل ثوب بعشرين درهمًا، فزاد، فالبيع فاسد؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت العقد، فصار كما لو باع خمسين ثوبًا من أحد وخمسين ثوبًا من هذه الرزمة، وذلك لا يجوز؛ لمكان الجهالة.

فرق بين هذا وبين مسألة الثوب: إذا باع ثوبًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فزاد، لا يسلم الزيادة للمشتري من غير بدل؛ لأن كل ذراع صار مقصودًا، ومع ذلك لا يفسد العقد.

والفرق ما قلنا: إنَّ الذراع وإنْ كان أصلاً بتسمية الثمن، فهو وصف حقيقةً؛ لأنه عبارة عن طول الثوب، فكان أصلاً من وجه دون وجه، فمن حيث إنَّه أصل، لا نسلم له الزيادة بغير عوض، ومن حيث إنَّه وصف، لا يكون بائعًا بعض الذرعان، فلا يفسد العقد، أما بعض الثياب لا يكون تبعًا للبعض، فبقي المبيع مجهولاً.

وإن نقص فوجده تسعة وأربعين ثوبًا، خُيِّرَ المشتري: إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الثمن معلوم، إلَّا أنه تغير عليه شرط عقده، فكان له الخيار.

من المشايخ من قال: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: يفسد العقد؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة واحدة، فكان قبول البائع في المعدوم، شرطًا لقبوله في الموجود، فيفسد العقد، كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة، وسمّىٰ لكل واحد ثمنًا، عند أبي حنيفة: لا يجوز البيع في القن، وعندهما: يجوز، كذلك هاهنا.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة [السرخسي فقال]: لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود، بل قصد بيع الموجود؛ إلَّا أنه غلط في العدد.

اشترى سمنًا في زق عشرة أرطال فرد الظرف فقال البائع: غير هذا

(**رجل اشترىٰ سمنًا في زَقٍّ، فردَّ الظرف، وهو عشرة أرطال، فقال البائع: الزَّقُّ غير هذا، وهو خمسة أرطال، فالقول: قول المشتري**)؛ لأن الاختلاف وقع في المقبوض، فكان القول قول القابض، كالغاصب مع المغصوب منه إذا اختلفا في المغصوب، كان القول قول الغاصب، وكذلك المُوْدَع مع صاحب الوديعة؛ ولأن البائع يَدَّعي عليه زيادة ثمن، وهو ينكر، فيكون القول: قول المشتري مع اليمين.

بَابُ
اخْتِلَافِ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ

اشترى عبدين وقبضهما ومات أحدهما فاختلفا في الثمن

(رجل اشترىٰ عبدين وقبضهما، ومات أحدهما، فاختلفا في الثمن، فالقول: قول المشتري مع اليمين، إلَّا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له [من الهالك][1]).

وذكر في «الأصل»: إلَّا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ من [ثمن] الميت شيئًا.

(وقال أبو يوسف: القول قول المشتري في حصة الهالك مع يمينه، ويتحالفان على القائم، ويترادَّان.

وقال محمد: يتحالفان عليهما، ويُرِدُّ القائم[2] وقيمة الهالك).

وهذا بناءً على أن هلاك السلعة بعد القبض عندهما: يمنع التحالف، وعلى قول محمد والشافعي: لا يمنع[3]، **(وتقوم القيمة مقامه إن كان من ذوات القيم، ومثله إن كان مثليًّا في حق التحالف)**[4]، حجّته: قوله عليه

---

(١) الزيادة من ب فقط.

(٢) في الجامع الصغير (وعلى المشتري قيمة الهالك)، ص٣٤٠.

(٣) انظر: المهذب ٣/١٥.

(٤) العبارة في ب، د (وتقوم قيمة المبيع أو مثله إنْ كان مثليًّا مقامه في حق التحالف).

الصَّلاة والسَّلام: «**إذا اختلف المتبايعان، تحالفا، وترادّا**»؛ ولأن كل واحد منهما يدَّعي عليه عقدًا غير ما يدَّعيه صاحبه، فيحلف كل واحد منهما على دعوىٰ الآخر، كما لو كانت السلعة قائمة، ولهذا لو هلك أحدهما قبل القبض، يتحالفان، وإذا اختلفا، لم يثبت أحد العقدين، فيجب عليه رد المقبوض، وقد عجز عن رَدِّه، فيَغرَم قيمته.

ولهما: أن التحالف بعد القبض أمرٌ يأباه(١) القياس؛ لأن الشرع أوجب اليمين على المنكر، وبعد القبض المشتري إنْ كان مدعيًّا صورةً، فليس بمدعٍ معنًىٰ؛ لأن المبيع سَلِمَ له رقبةً ويدًا، فلم يكن البائع منكرًا معنًى، أمَّا البائع يدَّعي زيادة الثمن على المشتري، والمشتري ينكر [ذلك]، فوجب أن يكتفي بيمين المشتري، وإنما عُرِف التحالف بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة، تحالفا وترادَّا**»(٢)، شرط قيام السلعة، والسلعة: اسم للكل؛ ولأنه لو جرىٰ التحالف بعد الهلاك، فإذا حلفا ينفسخ العقد بينهما؛ ليعود كل واحد منهما إلى أصل حقه، وفسخ العقد في الهالك لا يتصور؛ ولهذا لا يحتمل الفسخ بالإقالة، والرَّدّ بالعيب.

[١٦٢/أ] وما قال: بأن القيمة تقوم مقام العين، لا يصح؛ لأن القيمة غير واجبة قبل الفسخ، فقبل الفسخ المبيع هالك لا إلى بدل.

---

(١) في ب، د (بخلاف).

(٢) الحديث المعروف هو: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما قال البائع»، أخرجه الأربعة، والحاكم، والدارمي، والبزار؛ وفي أبي داود من حديث ابن مسعود مرفوعًا: «إذا اختلف البيِّعان وليس بينهما بيِّنَة، فهو ما يقول رب السِّلعة، أو يتتاركان» (٣٥١١)؛ وفي رواية لابن ماجه: «... والمبيع قائم، فالقول ما قال البائع، أو يترادَّان»؛ وفي رواية الترمذي: «... فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار». انظر: الدراية ١٧٧/٢.

صورة التحالف

إذا ثبت هذا، فنقول: عن محمد رحمه الله تعالىٰ: قيام السلعة ليس بشرط في التحالف، فيتحالفان.

ويبدأ بيمين المشتري: بالله ما اشتريتهما بالثمن الذي يدَّعي البائع؛ لأن المشتري هو المبتدأ به في حقوق العقد، وهو تسليم الثمن، فكان هو البادئ بالإنكار، فإن نكل، لزمه ما ادعاه البائع، وإن حلف، يحلف البائع: بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدَّعي المشتري، فإن نكل، تثبت دعوىٰ المشتري، وإن حلف، لا يثبت ما ادعاه أحدهما، فإن اصطلحا على شيء تركا، وإن طلبا فسخ العقد، أو أحدهما، فسخ القاضي العقد بينهما؛ لتعذر إمضاء العقد، فيرُدُّ المشتري العبد القائم وقيمة الهالك، والقول في قيمة الهالك قول المشتري؛ لأن البائع يدَّعي عليه زيادة قيمة، وهو ينكر، فيكون القول قوله مع اليمين، كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بحكم عقد فاسد.

وعند أبي يوسف: يتحالفان على القائم؛ لأنهما لو كانا قائمين، يتحالفان عليهما، ولو كانا هالكين، لا يتحالفان، فإذا كان أحدهما قائمًا، يتحالفان في القائم؛ لأن فائدة التحالف الفسخ، وبعد هلاك أحد العبدين، يمكن فسخ العقد؛ ولهذا لو تقايلا بعد هلاك أحد العبدين، صحّت الإقالة فيه.

وصورة التحالف عند أبي يوسف: أنْ يحلف المشتري أولاً: بالله ما اشتريت العبدين منه بالثمن الذي يدَّعي البائع، فإن نكل، يثبت ما ادَّعاه البائع، وإن حلف، يحلف البائع: بالله ما بعتهما [بالثمن] بالذي يدَّعِي المشتري، فإن نكل، يثبت ما ادعاه المشتري، وإن حلف، لم يثبت، فيفسخ العقد بينهما في القائم، ويُرَدُّ القائم، ويتقرَّر على المشتري حِصَّة الهالك من الثمن الذي يقِرُّ به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك؛ لأن وجوب القيمة حكم انفساخ العقد، والعقد في الهالك لم ينفسخ عند أبي يوسف.

طريق معرفة حصة الهالك من الثمن

وطريق معرفة حصة الهالك من الثمن: أن يقسم الثمن الذي أَقَرَّ به المشتري على العبد القائم والهالك، على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا: أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدةً، يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري، ويسقط عنه نصف الثمن، وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض [كانت على التفاوت، فإن تصادقا أن قيمة الهالك كانت] على النصف من قيمة القائم، يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن، وكذا لو تصادقا على عكس هذا.

وإن اختلفا في ذلك، فقال المشتري: كانت قيمة الهالك يوم القبض خمسمائة، وقيمة القائم: ألفًا، وقال البائع: لا بل كان على العكس، كان القول: قول البائع مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على وجوب الثمن الذي أقر به المشتري، ثم المشتري بدعواه على هذا الوجه، يَدَّعي سقوط زيادة من الثمن، والبائع ينكر، فيكون القول: قول البائع مع يمينه، [وأيّهما] أقام البينة، قُبِلت بينته؛ لأنه نَوَّر دعواه بالحجة، فإذا أقاما البينة، فبينة البائع أولىٰ.

ونظير هذا ما ذكر في «الجامع»: (**رجل اشترى عبدين، وقبضهما قبل نقد الثمن، فوجد بأحدهما عيبًا، فَرَدَّهُ، وهلك الآخر عند المشتري، يجب علىٰ المشتري حصة الهالك من الثمن**)، فإن اختلفا في قيمة الهالك، فقال البائع: كانت قيمة الهالك يوم القبض ضِعْف قيمة المردود، [وانقسم الثمن] عليهما أثلاثًا، وقال المشتري: بل كانت قيمة الهالك نصف قيمة المردود، وسقط [عني] ثلثا الثمن، كان القول: قول البائع من يمينه؛ [لِمَا قلنا، وإن أقاما البَيِّنَة، فبَيِّنة البائع أَوْلىٰ]؛ لأنَّ قبول البينة تعتمد صورة الدعوىٰ، وقد وجد منهما، إلَّا أن [بينة] البائع تثبت زيادة في [ذِمَّة المشتري]، وبينة المشتري تنفي تلك الزيادة، والبينات شرعت للإثبات، لا للنفي، فما كان أكثر إثباتًا، كان أولىٰ، ويجوز أن يكون القول قوله، وإنْ أقاما البينة كانت بينته أولىٰ، وقد ذكرنا هذا في فصل السَّلَم.

ومِنَ الناس مَنْ قال: على قول أبي يوسف: لا يتحالفان على هذا الوجه، بل يتحالفان على القائم لا غير؛ لأن العقد ينفسخ في القائم، لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح؛ لأن المشتري لو حلف: بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدَّعيه البائع، يحلف، فإن من اشترىٰ شيئين بألف درهم، إذا حلف أنه ما اشترىٰ أحدهما [بألف]، كان صادقًا، وكذلك البائع لو حلف بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدَّعي المشتري، يحلف، ويكون صادقًا فيه، فلا يفيد التحالف، فيحلف على الوجه الذي ذكرنا.

وعلى قول أبي حنيفة: لا يتحالفان؛ لأن التحالف بعد القبض عُرِف نصًّا، والنص ورد حال قيام السلعة، والسلعة اسم للكل، فإذا هلك البعض، فات الشرط الذي يتعلق به التحالف، فلا يجري التحالف.

ثُمَّ قال أبو حنيفة: إلَّا أن يشاء البائع أن يأخذ الحَيَّ، ولا يأخذ من [ثمن] الميت شيئًا.

[١٦١/ب] واختلفوا في معناه: قال بعضهم: أراد بذلك: أنهما لا يتحالفان إلَّا إذا رضي البائع أن يأخذ الحَيَّ على وجه الفسخ، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، فحينئذٍ يتحالفان؛ لأنَّ البائع إذا ترك الخصومة في الهالك، صار كل المعقود عليه هو القائم، فيتحالفان فيه، فيحلف كل واحد منهما على الوجه الذي ذكرنا لأبي يوسف.

وقال بعضهم: أراد بذلك: أنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، إلَّا إذا رضي البائع أن يأخذ الحي ولا يخاصمه في الهالك، فحينئذٍ لا يحلف المشتري.

واختلفوا أيضًا في قوله: «لا يأخذ من ثمن الميت شيئًا»، قال بعضهم: أراد بذلك: أنه لا يأخذ شيئًا بزعم نفسه، بل يترك الخصومة في الزيادة، ويأخذ ما يُقِرُّ به المشتري؛ لأن البائع لا يترك على المشتري ما هو مُقِرٌّ به.

موت البائع أو المشتري ووقوع الاختلاف في الثمن بينه وبين ورثة الميت

رجل اشترىٰ شيئًا، فمات البائع أو المشتري، ووقع الاختلاف في الثمن بين الحي وورثة الميت، إن مات البائع، فإن كانت السلعة في يد ورثته، يتحالفان؛ لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس؛ لما ذكرنا: أن كل واحد منهما مُدَّعِي ومُدَّعَىٰ عليه، فيتعدَّىٰ إلى الورثة.

وإن كانت السلعة في يدي المشتري، لا يتحالفان عندهما؛ لأن التحالف بعد القبض عُرف نصًّا بخلاف القياس، والنص ورد في المتعاقدين، فلا يتعدىٰ إلى الورثة.

وعلى قول محمد: يتحالفان؛ لما عرف من مذهبه، هذا إذا مات البائع.

أما إذا مات المشتري، فإن كانت السلعة في يد البائع، يتحالفان عند الكل، وإن كانت في يد ورثة المشتري، عندهما: لا يتحالفان، وعلى قول محمد: يتحالفان، وهلاك العاقد بمنزلة هلاك المعقود عليه.

اشترى جارية بألف وتقابضا، ثم تقايلا واختلفا في الثَّمَنِ

(رجل اشترىٰ جارية بألف وتقابضا، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثَّمَنِ، فإنَّهما يتحالفان، ويعود البيع الأول).

أراد به: إذا تقايلا ولم يُسلِّم الجارية إلى البائع بحكم الإقالة، حتى اختلفا في الثمن؛ لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس، فيتعدىٰ إلى الإقالة.

ثم في فصل البيع: إذا حلفا وتعذَّر إمضاء العقد؛ لتعذُّر الترجيح، يفسخ العقد؛ ليعود كل واحد منهما إلى أصل حقّه، فكذلك في الإقالة، وقيل: الإقالة كان حق البائع في الثمن، وحق المشتري في المبيع، فإذا حلفا، تنفسخ الإقالة، حتى يعود كل واحد منهما إلى أصل حقّه.

وإن كان المشتري سَلَّمَ الجارية إلى البائع بحكم الإقالة، ثم اختلفا في الثمن، عندهما: لا يتحالفان؛ لأن التحالف بعد القبض عُرِف بخلاف القياس، والنص ورد في البيع، فلا يتعدىٰ إلى الإقالة؛ لأنها ليست ببيع من كل وجه، ويكون القول: قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدَّعي عليه زيادة الثمن، وهو ينكر، وعلى قول محمد: يتحالفان، وتفسخ الإقالة.

وكذلك في الإجارة إذا اختلفا قبل استيفاء المنفعة والأجر، يتحالفان، وبعده لا.

رجل أسلم عشرة دراهم في كُرٍّ حنطة، ثم تقايلا واختلفا في رأس المال

(**رجل أسلم عشرة دراهم في كُرٍّ حنطة، ثم تقايلا، ثم اختلفا في رأس المال، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه، ولا يعود السلم**)؛ لأنَّ رب السلم يدَّعي على المسلم إليه زيادة رأس المال، وهو ينكر، أما المسلم إليه لا يدَّعي شيئًا على رب السلم؛ لأنَّ المسلم فيه [قد] سقط عنه بالإقالة؛ ولأن التحالف شُرِع للفسخ، وإقالة السلم مما لا يحتمل الفسخ، ألا ترىٰ أن رأس المال لو كان عَرَضًا، فردَّه بعيبٍ على رب السلم، ولم يُسلِّم إليه حتى هلك في يده، لا يعود السلم، وبمثله لو اشترىٰ عَرَضًا فردَّه بعيب، ولم يُسلِّم إلى البائع حتى هلك في يده، يبطل الرد، ويعود البيع.

والفقه فيه: أن المسلم فيه سقط بالإقالة، فلو انفسخت الإقالة، كان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يحتمل العود، ولو تصور لا يعود برأس مال هو دين، أما الإقالة في البيع، حكمها حكم عود المبيع إلى ملك البائع، فإذا انفسخت الإقالة، يعود إلى ملك المشتري، وملك العين مما يحتمل العود.

بَابُ
خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ

اشترى طعامًا لم يره ورضي به ثم رآه بعد ذلك

(رجل اشترىٰ طعامًا لم يَرَه، فقال: قد رضيت، ثم رآه بعد ذلك، فله أن يرُدَّه)؛ لأن خيار الرؤية يثبت عند الرؤية، قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**مَنْ اشترىٰ شيئًا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه**»(١)، فالإبطال قبل الرؤية، إبطالٌ قبل الثبوت، فلا يصح، وإن فسخ العقد قبل الرؤية، صَحَّ فسخه؛ لأن العقد غير لازم قبل الرؤية؛ لمكان الخلل [في الرِّضا](٢)، فيصح فسخه.

اشترى شيئًا لم يره ووكل بالقبض، فقبضه

(وإن اشترىٰ شيئًا لم يره، فوكل وكيلاً بقبضه، فقبضه بعدما نظر إليه، لم يكن له أن يرُدَّه إلَّا من عيب، وإن أرسل رسولاً لقبضه، فقبضه بعدما نظر إليه، كان له أن يرُدَّه، وقال أبو يوسف ومحمد: الوكيل بمنزلة الرسول، وله أن يرُدَّه).

---

(١) «الحديث رُوِيَ مسندًا ومرسلاً، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه عن أبي هريرة، وفيه عمر الكردي، وهو كذَّاب، قال الدارقطني: الصحيح من قول ابن سيرين»، كما قال الحافظ في الدراية ٢/١٤٨؛ «وأمَّا المرسل فرواه ابن أبي شيبة في مصنَّفه، والداقطني ثم البيهقي في سننيهما ...، وزاد: «إن شاء أخذه، وإن شاء تركه»، قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر ابن أبي مريم ضعيف»، نصب الراية ٩/٤.

(٢) في أ (قبل الرؤية)، والمثبت من ب، د.

وحاصله: أن الوكيل بالقبض يملك إبطال خيار الرؤية في ضمن القبض، ولا يملك الإبطال مقصودًا، حتى لو قبضه مستورًا، ثم رأىٰ وأبطل الخيار، لا يبطل.

لهما: أنه وكله بالقبض، لا بإبطال الخيار، فلا يملك الإبطال على كل [١٦٣/أ] حال، كما لو كان رسولاً في القبض؛ ولهذا قلنا: إن الوكيل بالقبض لا يملك إبطال خيار الشرط، وخيار العيب.

ولأبي حنيفة: أن الوكيل بالشيء، وكيلٌ به وبما [كان] من تمام ذلك الشيء؛ ولهذا قلنا: إن الوكيل بالخُصُومة يملك القبض في ظاهر الرواية، وخيار الرؤية يمنع تمام القبض، ألا ترىٰ أنه لا يملك التفريق في خيار الرؤية بعد القبض، كما لا يملكه قبل القبض، فإذا وكّله بالقبض مطلقًا، يملك القبض الكامل والناقص، فإذا قبضه وهو ينظر إليه، والقبض مع النظر دلالة الرضا، فقد اختار القبض الكامل؛ فيبطل خيار الرؤية.

وأما إذا قبضه مستورًا، فقد اختار القبض الناقص، وانتهت الوكالة، فلا يملك إبطال الخيار بعد ذلك.

ولا نص في خيار الشرط، فيمنع، ولئن سلمنا، فنقول: بأن خيار الشرط لا يحتمل [إبطال][1] مقتضىٰ تمام القبض، ألا ترىٰ أن الموكل لو قبضه وهو ينظر إليه، لا يبطل خيار الشرط، فكذلك الوكيل.

وأما خيار العيب، [من المشايخ][2] من قال: بأنه يبطل إذا علم به الوكيل وقبضه، وحملوا قول محمد: «إلا من عيب»، على عيب لم يعلم به الوكيل.

---

(١) في أ، ب (البطلان)، والمثبت من د.

(٢) في أ (منهم)، والمثبت من ب، د.

ولئن سلَّمنا فنقول: بأن خيار العيب لا يمنع تمام القبض؛ ولهذا لا ينفرد بالرد بعد القبض، ويملك التفريق بعد القبض، بخلاف [خِيَار] الرؤية.

وأما لرسول: [معتبر يده في القبض][(١)]، وليس بوكيل، قال الله تعالىٰ: ﴿قُل لَّسْتُ عَلَيْكُم بِوَكِيلٍ﴾ [الأنعام: ٦٦]، نفىٰ عنه اسم الوكيل، فإذا كان القبض مضافًا إلى المرسِل، لم تكن الرسالة توكيلاً بالقبض، فكان تتميم القبض إلى المرسِل؛ ولأن مبنىٰ الرسالة على الخصوص، فيقتصر على ما تلفظ به، أما الوكالة، مبناها على التعميم؛ لأنها تفويض؛ ولهذا قلنا: إن [التوكيل][(٢)] بالقبض [توكيل][(٢)] بالخصومة، والأمر بالقبض لا يكون توكيلاً بالخصومة.

اشترى عدل زطِّي لم يره وقبضه، فباع منه ثوبًا

(رجل اشترىٰ عدل زطِّي لم يره، وقبضه، فباع منه ثوبًا، أو وهب وسَلَّم، لم يرد منها شيئًا إلَّا من عيب، وكذلك في خيار الشرط)؛ لأنَّه تعذَّر عليه رد ما باع، (فكذلك رد ما بقي)[(٣)]؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة؛ لأن تمام الصفقة يتعلق بالرضا، والرضا لا يتم قبل الرؤية؛ لأنه مجهول، فرد البعض تفريق للصفقة قبل التمام، وذلك باطل، كالتفريق في القبول.

وخيار الشرط [في هذا] مثل خيار الرؤية، بل فوقه؛ لأن خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، وخيار الرؤية لا يمنع.

مسائل الخيار على ثلاثة وجوه

وهذه جنس مسائل خيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار العيب، [وخيار الاستحقاق.

(١) في أ (سفير)، والمثبت من ب، د.
(٢) في أ (الوكيل) في الموضعين، والمثبت من ب، د.
(٣) في ب، د (فيتعذَّر رَدّ الباقي).

وكل ذلك على وجوه ثلاثة: إمَّا إذا كان المشتري قبض المبيع، أو قبض بعضه، أو لم يقبض شيئًا]، ففي خيار الرؤية والشرط لا يَرُدُّ البعض بحالٍ ما؛ لأنه تفريق الصفقة قبل التمام.

وفي خيار العيب، إن كان قبل القبض فكذلك؛ لأن الصفقة لا تتم قبل القبض؛ لأن تمام الصفقة إنما تحصل بانتهاء الأحكام والمقصود، وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد، وإن كان قبض بعضه فكذلك؛ لأن بتَسْلِيم البعض لا يتناهى حكم العقد.

وعن أبي يوسف: إذا اشترىٰ شيئين وقبض أحدهما، فوجد بأحدهما عيبًا، وهو المقبوض، يَرُدُّ المَعيب خاصة؛ لأن الصفقة تمت في المقبوض، فيجعل الآخر مقبوضًا، وإن وجد العيب بغير المقبوض، يَرُدُّهما، ولا يَرُدُّ المَعيب خاصة، ويجعل الآخر غير مقبوض عملاً بهما عند التعارض، والصحيح: ما ذكرنا في ظاهر الرواية؛ لِمَا قلنا.

وإن قبض الكل، فوجد ببعضه عيبًا، إن كان المبيع شيئًا واحدًا، كالدار، والثوب، والعبد، يرد الكل، أو يمسك الكل، ولا يرد البعض؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، فلو رد المعيب خاصة، يرده بعيب زائد: وهو الشَّركة، وكذلك لو كان المبيع ما يُكال أو يُوزَن في وعاء واحد، وإذا وجد ببعضه عيبًا، [لا يردّ المعيب خاصَّة؛ لأن] تمييز المعيب من غير المعيب، يوجب [زيادة نقصان] في المعيب، فيرد الكل، أو يمسك الكل، حتى لو كان في وعاءين، فوجد أحدهما معيبًا، يرد المعيب خاصة؛ لأنه قدر على رد المعيب كما قبض.

وإن كان المبيع شيئين: كالعبدين، والثوبين، وقبضهما، فوجد بأحدهما عيبًا، رَدَّ المعيب خاصة؛ لأن العيب وجد بأحدهما، وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه رضي بالعقد على اعتبار السلامة، والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر، فكانت الصفقة تامة؛ ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض إلَّا بقضاء أو رضا، وفي خيار الشرط والرؤية، ينفرد بالرد.

وفي فصل الاستحقاق: إن استحق بعض المبيع ـ قبل القبض أو بعدما قبض بعض المبيع ـ كان له أن يرد غير المستحق؛ لأن باستحقاق البعض، تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام.

وإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه، فإن كان المبيع عبدًا [واحدًا، أو جارية]، أو ثوبًا، أو دارًا، ثم استحق بعضه، كان له أن يرد الباقي؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يَرْضَ بهذا العيب.

[١٦٢/ب] وإن اشترىٰ عبدين أو ثوبين أو ما أشبه ذلك، فاستحق أحدهما، لا يرد الباقي؛ لأن الباقي غير معيب، ولم تتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام، بل الصفقة تمت فيما كان ملك البائع.

وكذلك إذا كان المبيع مكيلاً أو موزونًا في وِعَاء واحد، أو في وِعَاءَيْن؛ لأن الشركة فيها لا تُعَدُّ عيبًا، فلا يرد غير المستحق.

شراء الأعمى

(الأعمىٰ إذا اشترىٰ شيئًا، جاز شراؤه عندنا)، خلافًا للشافعي[1]؛ لأنه عنده شراء ما لم يَرَه لا يجوز، وعنه: إن كان بصيرًا ثم عَمِيَ، جاز تصرفه،

(١) انظر: المهذب ٣/٣٧؛ المجموع ٩/٣٣٢.

وإن كان أكمه[١] لا يجوز، وإذا جاز شراؤه عندنا، كان له خيار الرؤية، **(ورؤيته : الجَسُّ فيما يُجَسّ)**، والشَّمُ فيما يُشَمّ، والذَّوق فيما يُذَاق؛ لأن هذه الأفعال تعرف به حال المعقود عليه، لكن بصفة النقصان، فجاز أن يقوم مقام النظر في حق من يعجز عن النظر، كما تقام الإشارة في حق الأخرس مقام النطق، فإن وُجِدَ شيء منها قبل الشراء، لا يثبت له خيار الرؤية، وإن وجد بعد الشراء، بطل خيار الرؤية.

وإن اشترىٰ عقارًا أو ثمارًا على رؤوس الأشجار، قال بعضهم: يُوكِّل إنسانًا بالقبض، فإذا قبض الوكيل وهو ينظر إليه، بطل خيار المُوكِّل عند أبي حنيفة، وقال بعضهم: يوصف على وجه المبالغة، فإذا قال: رضيت، بطل خياره، وعن أبي يوسف: أنه يقام عند المقعود عليه في موضع لو كان بصيرًا لَرآه، ويوصف له، فإذا قال: رضيت، بطل خياره، وعنه في رواية أخرىٰ: أنه يلمس بيده الحائط والأشجار، فإذا قال: رضيت، سقط خياره.

اشترى شيئًا وشرط الخيار لغيره

(رجل اشترىٰ شيئًا، وشرط الخيار لغيره، جاز شراؤه)، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر، وجه القياس: أن الخيار: متىٰ شرط في العقد، يصير حقًّا من حقوق العقد، فاشتراطه لغيره يوجب فساد القعد، كما لو شرط الملك لغيره، أو الثمن على غيره، أو التَّسْليم على غيره.

ولنا: أن اشتراط الخيار لغير العاقد، اشتراطٌ للعاقد؛ لأنه لا وجه لإثبات الخيار لغير العاقد بطريق الأصالة، ويمكن إثباته بطريق النيابة عن العاقد، فيجعل كأنه شرط الخيار لنفسه، وجعل الأجنبي نائبًا عن نفسه في التصرف بحكم الخيار، اقتضاءً صحيحًا لتصرف العاقد بقدر الإمكان، وزفر لا يقول بالاقتضاء.

---

(١) «الكَمَهُ: العَمَىٰ يولد به الإنسان»، المعجم الوسيط (كمه).

وإذا صحّ هذا الشرط، (فأيهما أجاز أو نقض، جاز)، فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر، فالسابق أولىٰ، وإن خرج الكلام منهما معًا، ذكر في «البيوع من الأصل»: أن تصرف الموكل أولىٰ، نقضًا كان أو إجازةً، وذكر في المأذون: أن النقض أولىٰ، فَعَلَه الوكيل أو الموكل.

وجه رواية البيوع: أن الموكل يتصرف بحكم الملك، والأجنبي بحكم النيابة، فيعتبر تصرف الموكل؛ لأن الموكل إنما يحتاج إلى النائب عند امتناعه عن التصرف بنفسه، لا عند اقتران تصرفه بتصرف النائب.

والصحيح: ما ذكر في المأذون؛ لأن النقض أولىٰ من الإجازة، فإن النقض يرد على الإجازة، والإجازة لا ترد على النقض، والأدنىٰ لا يعارض الأقوىٰ، كنكاح الحرة مع الأمة إذا اجتمعا، يصح نكاح الحرة؛ لأن نكاح الحرة يرد على نكاح الأمة، ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة.

وقيل: على قول محمد: تصح الإجازة في النصف، والفسخ في النصف، ويُخَيَّرُ العاقد الذي لا خيار له: إن شاء رضي بذلك، وإن شاء رد الكل لتفريق الصفقة.

وجعلوا هذه المسألة فرعًا لمسألة ذكرها في غير رواية الأصول.

الوكيل بالبيع إذا باع من رجل والموكل من آخر ووقعا معًا

الوكيل بالبيع إذا باع من رجل، والموكل من رجل آخر، ووقعا معًا، عند أبي حنيفة: بيع الموكل أولىٰ، وعند محمد: هما سواء، ويجوز بيع كل واحد منهما في النصف، ويُخيَّر [كل واحد من المشترين][1]: إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك.

---

(١) في أ (المشتريان)، والمثبت من ب، د.

وقيل: على قول محمد تَصَرّف الوكيل وتصرف المالك سواء إذا لم يكن أحدهما نقضا، فإن كان [أحدهما] نقضا، فالنقض أولىٰ؛ لقوَّته.

باع عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام

(رجل باع عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فقال في الأيام الثلاثة: [قد] رَدَدْته بغير مَحْضَرٍ من المشتري، لم يكن نقضًا، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف والشافعي: هو نقض[1])، وإن أجاز بغير مَحْضَرٍ من صاحبه، جاز عند الكل، [وكذا لو كان الخيار للمشتري، إن أجاز، جاز، وإن فسخ بغير مَحْضَرٍ من صاحبه، فهو على الخلاف]، وكذلك في خيار الرؤية.

والمراد من الحضرة: العلم، لا نفس الحضرة، فإن فسخ بغير محضر من صاحبه، (فبلغه في الأيام الثلاثة)[2]: انتقض البيع، وإن بلغه (بعد الأيام الثلاثة)[2]، لا ينتقض، والمسألة في «المختلف».

كون الخيار للبائع وهلاك المشترى عند المشتري

(**وإن كان الخيار للبائع، فمات العبد عند المشتري في الأيام الثلاثة، غَرِم المشتري قيمة العبد**)، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يضمن شيئًا؛ لأنه قبض بإذنه، فكان أمينًا.

[١٦٤/أ]

ولنا: أنه رضي بقبضه بجهة البيع، وقد انتقض البيع بموته في الأيام الثلاثة، فيجب عليه ردّه، وقد عجز عن ردّه، فيَغرَم قيمته بمنزلة المقبوض على سُوْم الشراء، (**وإن مات بعد مدة الخيار، كان عليه الثمن**)؛ لأن البيع تم بمضي المدة، فيجب عليه الثمن.

---

(١) انظر: المهذب ١٦/٣.

(٢) في ب، د (وإن بلغه قَبْل مضي المُدَّة ...، بعد مضي المُدَّة)، والمعنىٰ واحد.

كون الخيار للمشتري وهلاك المشترى عند البائع

(**وإن كان الخيار للمشتري، فمات في الأيام الثلاثة عند المشتري، كان عليه الثمن**)؛ لأن الموت لا يخلو عن سابقة العيب، وبحدوثه يبطل خيار المشتري؛ لأنه يعجز عن الرد، كما قبض، أما خيار البائع، لا يبطل بحدوث العيب عند المشتري، وإذا بقي خياره حتى مات، انفسخ العقد، فيجب ردّه على المشتري، وقد عجز عن ردِّه، فيَغْرَم قيمته.

شرط الخيار أربعة أيام

(**فإن شرط الخيار أربعة أيام، فسد البيع**)، وهو قول زفر، وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قول ابن أبي ليلىٰ والشافعي: يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت مُدَّة معلومة، طالت أم قصرت[1].

لأبي يوسف ومحمد: ما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه باع [ناقة] بشرط الخيار شهرًا.

ولأبي حنيفة: أن هذا شرط يخالف مقتضىٰ العقد؛ لأن قضية العقد: اللزوم، وخيار الشرط يمنع اللزوم، وإنما عرفنا جوازه بالنص: وهو ما روي عن رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم أنه قال لحبان بن منقذ: «**إذا بايعت، فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام**»[2]، والمعنىٰ فيه: أن الخيار شُرِع لدفع الغَبْن، ودفع الغَبْن يحصل بالثلاث، فيقتصر عليها.

شرط الخيار أربعة أيام ثم أسقط قبل مضي الثلاث

(**ولو أنه شرط الخيار أربعة أيام، ثم أسقط الخيار قبل مضي الثلاث، ينقلب العقد جائزًا**)، وقال زفر: لا ينقلب جائزًا؛ وكذلك في الأجل المجهول إذا أسقط (الخيار)[3] قبل تقرُّر الفساد، ينقلب جائزًا عند أصحابنا، وقال زفر والشافعي: لا ينقلب.

---

(١) والصحيح من المذهب: أنه (لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه غررٌ)، كما في المهذب ١٤/٣؛ وفي المجموع للنووي: (ولا يجوز عندنا لأكثر من ثلاثة أيام) ٢٠٤/٩.

(٢) أخرجه البخاري (٦٥٦٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما؛ وذكر (الخيار) البيهقي في الكبرىٰ ٢٧٣/٥؛ والحاكم في المستدرك. انظر: نصب الراية ٦/٤

(٣) في ب، د (الأجل)، والمعنىٰ واحد.

لزفر: أن العقد انعقد بصفة الفساد، فلا يتغير؛ إذا البقاء يكون على وفق الثبوت؛ ولهذا لو أسقط الخيار بعد مضي [ثلاثة](١) أيام، لا ينقلب جائزًا.

ولأبي حنيفة: أن شرط الخيار أربعة أيام، ما كان مفسدًا [للعقد] لعينه، بل لما فيه من تغيير مقتضىٰ العقد في اليوم الرابع، ويعتبر متقضىٰ العقد في اليوم الرابع لا يتحقق قبل [دخول] اليوم الرابع، وإنما فسد العقد في الحال بحكم الظاهر؛ لأن الظاهر دوامها على الشرط، فحكمنا بفساد العقد بحكم الظاهر، فإذا أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع، تبين الأمر بخلاف الظاهر، فتبين أنه لم يكن فاسدًا، وكذلك في الأجل الفاسد.

اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام

(**رجل اشترىٰ امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام، لم يفسد النكاح، وإن وطَئَها فله أن يردها، وقال أبو يوسف ومحمد: يفسد النكاح، وإن وَطَئَها لم يردها**)، وهذا بناءً على أن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملك المشتري في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يمنع، فإذا لم يملكها، لم يفسد النكاح، ويكون واطئًا بملك النكاح لا بملك اليمين، فلا يبطل خياره، إلَّا إذا كانت بكرًا، أو كانت ثيبًا ونقصها الوطء؛ لأن زوال العُذْرَة بمنزلة العيب، وتعييب المبيع عند المشتري يبطل خيار المشتري، وعندهما: يثبت الملك للمشتري، ففسد النكاح بينهما، فيكون واطئًا بملك اليمين، فيبطل خياره.

لهما: أن خيار الشرط شُرِع نظرًا [لمن له] الخيار، ونظر المشتري في إثبات حق الفسخ [له]، لا في منع الملك؛ ولأن المبيع خرج عن ملك البائع بالإجماع، فلو لم يدخل في ملك المشتري، يبقىٰ المِلْك بلا مالك، وذلك محال.

---

(١) في أ (أربعة)، والمثبت من ب، د.

ولأبي حنيفة: أن المشتري لم يَرْضَ بحكم العقد، حيث شرط الخيار لنفسه، فلا يثبت حكم العقد في حقه؛ ولهذا لم يخرج الثمن عن ملكه بالإجماع، ودخول السلعة في ملكه من أحكام العقد؛ ولأن فيه اجتماع البدلين بعقد المعاوضة في ملك [شخص] واحد، وذلك محال.

وقوله بأن فيما قلتم: «إبقاء الملك بلا مالك»، قلنا: ذلك جائز في الجملة، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ عبدًا بمال الكعبة لخدمة الكعبة، يجوز، وكذلك الأوقاف، كلها ملك بلا مالك.

وثمرة الخلاف تظهر في مسائل:

منها: إذا اشترىٰ قريبه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، لا يُعتَق في قول أبي حنيفة، ولا يبطل خياره، وعندهما: يُعتَق ويبطل خياره.

ومنها: إذا اشترىٰ جارية قد ولدت منه بنكاح، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، عند أبي حنيفة: لا تصير أم ولد له، ولا يبطل خياره، وعندهما: تصير أم ولد له، ويبطل خياره.

ومنها: إذا اشترىٰ جارية على أنه بالخيار، وقبضها، فحاضت حيضة واحدة في مدة الخيار، أو حاضت بعض الحيض في مدة الخيار، ثم تم البيع، لا يجتزئ بتلك الحيضة في حق الاستبراء عند أبي حنيفة، خلافًا لهما.

ولو فسخ البيع بحكم الخيار، وعادت إلى ملك البائع، لا يجب الاستبراء على البائع في قول أبي حنيفة، وعندهما: إن كان الفسخ بعد القبض، يجب الاستبراء على البائع قياسًا واستحسانًا، وإن كان قبل القبض، يجب قياسًا ولا [١٦٣/ب] يجب استحسانًا.

ومنها: أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع، ثم أودعه البائع في مدة الخيار، فهلك العبد عند البائع في مدة الخيار، أو بعد مضيها، يهلك على البائع، ويبطل البيع في قول أبي حنيفة؛ لأن المشتري لم يملك المبيع، فلم يصح إيداعه، فجعل نقضًا للقبض، فإذا انتقض القبض، صار الحال بعد القبض كالحال قبله، وعندهما: يهلك على المشتري، ويتقرر عليه الثمن؛ لأنه أودع ملك نفسه، فصح إيداعه، فكان هلاكه عند البائع كهلاكه عند المشتري.

ومنها: إذا اشترىٰ المأذون له في التجارة شيئًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فأبرأه البائع عن الثمن قبل سقوط الخيار، صَحَّ الإبراء استحسانًا، ولا يبطل خياره عند أبي حنيفة: إن شاء أجاز البيع وأخذ السلعة بغير ثمن، وإن شاء فسخ، وعندهما: يبطل خياره؛ لأنه ملك المبيع عندهما، فلو رَدَّهُ على البائع، يرده بغير ثمن، فيكون تبرُّعًا، والعبد المأذون لا يملك التبرع، فإذا امتنع الرد، بطل الخيار ضرورةً، وعند أبي حنيفة: خياره يمنع ثبوت الملك له، فكان الرد بحكم الفسخ امتناعًا عن التملك، والعبد يملك ذلك، كما يملك الامتناع عن قبول الهبة.

باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام وهذه على وجوه أربعة:

(رجل باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، فالبيع فاسد).

وهذه المسألة على وجوه أربعة: أحدهما: أن لا يعين الذي فيه الخيار، ولا يبيّن ثمن كل واحد منهما، وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن، أما جهالة المبيع؛ فلأن حكم البيع لا يثبت فيما شرط فيه الخيار، ويثبت في الآخر، وما يثبت الحكم فيه غير معلوم في الحال، فكان المبيع مجهولاً، وأما جهالة الثمن؛ فلأنه لو ثبت حكم العقد في الذي لا خيار فيه، يثبت بحصته من الثمن، وهي غير معلومة، وجهالة المبيع أو الثمن توجب فساد العقد، فجهالتهما أولىٰ.

والوجه الثاني: إذا عَيَّنَ الذي فيه الخيار، ولم يُبَيِّن ثمن كل واحد منهما، فقال: بعت منك هذين العبدين [بألف] على أنِّي بالخيار ثلاثة أيام في هذا بعينه، وهو فاسد؛ لجهالة الثمن.

والوجه الثالث: أن يُبَيِّن ثمن كل واحد منهما، ولم يُعيِّن الذي فيه الخيار، فقال: (**بعت منك هذين العبدين بألف، كل واحد منهما بخمسمائة، على أني بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، فهو فاسد**) أيضًا؛ لجهالة المبيع.

والوجه الرابع: أن يُعيِّن الذي فيه الخيار، ويُبيِّن ثمن كل واحد منهما، فقال: (**بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة، على أني بالخيار ثلاثة أيام في هذا العبد بعينه، ففي هذا الوجه جاز العقد**)؛ لأن المبيع معلوم، والثمن معلوم.

رجلان تبايعا عبدًا، وأحدهما بالخيار ثلاثة أيام، فَصَدَقَةُ الفِطْر على من يصير العبد له، والقياس: أن يجب على من كان [الملك] له يوم الفطر، وهو قول زفر؛ لأنها مؤونة الملك، فيجب على المالك وقت الوجوب.

وجه الاستحسان: أن الملك قبل سقوط الخيار متردِّدٌ، فإذا تقرر، يستند إلى وقت البيع، فكذلك ما ينبني عليه، وهو الصدقة.

اشترى ثوبين بالخيار ثلاثة أيام على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة

(**رجل اشترىٰ ثوبين على أن يأخذ أيّهما شاء بعشرة دراهم، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز، وكذلك الثلاثة، وإن كانت الثِّيَاب أربعة، فهو فاسد**)، والقياس: أن يفسد في الثوبين والثلاثة أيضًا، وهو قول زفر؛ لأن المبيع مجهول، فلا يجوز، كما لو كانت الثياب أربعة وذكر الخيار [أو لم يذكر]، وكما لو قال: بعت منك أحد هذين الثوبين، ولم يذكر الخيار.

وجه الاستحسان: [أن جواز البيع بشرط الخيار ثبت] لمساس الحاجة إلى دفع الغَبن، وقد تحققت الحاجة هاهنا، فالنظر إلى ثوبين، أو ثلاثة؛ لاختيار الأجود والأرفق، [طريق] لدفع الغبن، فالشرع الوارد ثمة، يكون واردًا هاهنا.

وما قال من الجهالة، قلنا: هو جهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن تعيين المبيع مفوَّضٌ إلى مَنْ له الخيار، بخلاف ما إذا لم يُفوِّض إليه التعيين، وإنما لا يجوز في الأربعة؛ لانعدام الحاجة، فإن الحاجة إلى الاختيار إنما تثبت لاختلاف الأوصاف، والأوصاف [ثلاثة]: جَيِّد، ورَدِيء، ووَسَط، وجميعها توجد في الثلاث، فلا حاجة إلى الأربع؛ ولأن في الأربع يتفق ثوبان على صفة واحدة، فيحتاج إلى اختيار آخر، فتكثر الجهالة.

وضع محمد رحمه الله تعالىٰ المسألة هاهنا، فما إذا بَيَّن مُدَّة الخيار، قال: يأخذ أيهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، وهكذا ذكر في المأذون.

ووضع المسألة في «الجامع» وغيره: على أن يأخذ أيهما شاء بكذا، ولم يذكر الزيادة.

واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة؛ لأن خِيَار التعيين مما لا يتوقف، فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة، وذكر [١٦٥/أ] هذه الزيادة في الكتاب، وقع اتفاقًا.

وقال أكثر المشايخ: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتًا معلومًا ثلاثة أيام فما دونها في قول أبي حنيفة، وزيادة على ذلك في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن القياس يأبىٰ جواز هذا العقد لجهالة المبيع، وجهالة وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحسانًا بطريق الإلحاق بموضع السنة، وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه، فإن شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين، فإن ردَّهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين، كان له ذلك، فإذا مضت المدة: وهي ثلاثة أيام، يبطل خيار الشرط، فلا يملك ردَّهما، ويبقىٰ خيار التَّعْيِيْن، ويرد أحدهما.

وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة، يبطل خيار الشرط، ويبقىٰ للوارث خيار التَّعْيِيْن، فلا يردّهما الوارث، وله أن يرُدَّ أحدهما.

هلاك أحد الثوبين أو إصابة عيب قبل الاختيار وهذه على وجوه ثلاثة:

ولو هلك أحد الثوبين قبل الاختيار، أو أصابه عيب، يلزمه ثمن الهالك، ويتعين القائم للرد؛ لأنه [لا] يملك تعيين المعيب والهالك للرد؛ لأن فيه إضرارًا بالبائع، والمفوَّض إليه التعيين، لا إلحاق الضرر بالبائع، فإذا عجز عن ردِّ الهالك، تَعَيَّن القائم[١] للرد ضرورة.

وإن [ملكا][٢] معًا، يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ [لأن أحدهما مبيع، والآخر أمانة، فإذا هلكا معًا، شاع الأمانة والضمان فيهما، فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما]، وهذه المسألة على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول اشتريت منك ثوبًا واحدًا من هذين الثوبين بعشرة، على أني بالخيار أيهما شئت، والثاني: أن يقول: اشتريت منك هذين الثوبين على أني بالخيار آخذُ أيّهما شئتُ بعشرة، وأَرُدُّ الآخر، ففي هذين الوجهين: المشترىٰ أحدهما، أما في الوجه الأول؛ فلأنه أضاف الشراء إلى أحدهما، وأما في الوجه الثاني؛ فلأنه وإن أضاف الشراء إليهما، لكنه لمّا قال: آخذُ أحدهما وأَرُدُّ الآخر، لا محالة تبين أنه اشترىٰ أحدهما؛ لأن رد الآخر لا محالة إنما يكون إذا كان المُشْتَرىٰ أحدهما.

---

(١) في د (تعين المبيع).

(٢) في الأصل (ماتا)، والمثبت من د.

والوجه الثالث: أن يقول: اشتريت منك هذين الثوبين على أني بالخيار في أحدهما، وفي هذا الوجه، [المُشْتَرَىٰ] كلاهما جميعًا، فإن بيّن ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار، يجوز، وإلَّا فلا؛ لِمَا قلنا.

اشترى دارًا على أنه بالخيار، فبيعت دارًا بجنبها فأخذها بالشفعة

(**رجل اشترىٰ دارًا على أنه بالخيار، فبيعت دارٌ بجنبها، فأخذها بالشفعة، فهو رضًا**)، وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر؛ لأن عنده خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه، فلا يكون خيارًا ما لم يسقط خياره، والإقدام على الشفعة يكون إسقاطًا للخيار سابقًا عليه.

وأما على قولهما؛ فلأن الأخذ بالشفعة دلالةُ استبقاء الملك؛ لأن حق الشفعة شُرِع لدفع ضرر الدخيل، والإنسان لا يدفع ضرر الجار عن نفسه في دار يريد الرد.

اشتريا غلامًا بالخيار فرضي أحدهما

(**رجلان اشتريا غلامًا على أنهما بالخيار، فرضي أحدهما، فليس للآخر أن يَرُدَّه، وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يَرُدَّه**)، وكذلك في خيار الرؤية وخيار العيب، لهما: أن الخيار ثبت حقًّا لهما، وحق كل واحد منهما ممتاز عن حق الآخر، فلا يبطل بإبطال الآخر.

ولأبي حنيفة: أن حق الرد يثبت على وجه لا يتضرر به البائع، وفي رد أحدهما يصيبه إضرار بالبائع؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيبٌ.

اشترى جارية بشرط نقد الثمن إلى ثلاثة وإلا فلا بيع بينهما

(**رجل اشترىٰ جارية على أنَّه إنْ لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فهو جائز**)، والقياس: أن لا يجوز أصلاً، وهو قول زفر.

وجه القياس: أن هذا بيع [شرط] فيه إقالةٌ معلَّقةٌ بعدم النقد، فلا يجوز، كما لو باع بشرط الإقالة.

وجه الاستحسان: ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه باع ناقة بهذا الشرط، وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدَّمٌ على القياس؛ ولأن هذا في معنىٰ البيع بشرط الخيار؛ لأن تفسير الخيار: أنه إن رضي يمسك، وإن لم يَرْضَ يَرُدُّ، ويفسخ العقد، وهذا إنما أخذه بهذا الشرط، وجعل ترك النقد في الأيام الثلاثة دليل الرد، (**وإن شرط ذلك أربعة أيام فسد العقد في قول أبي حنيفة**) اعتبارًا بالملحق به.

وعند محمد: يجوز أربعة أيام أو أكثر؛ اعتبارًا بالملحق به.

وقول أبي يوسف مضطرب: في بعض الروايات [قوله] مثل قول محمد: اعتبارًا بالملحق به، وفي بعض الروايات مثل قول أبي حنيفة.

وعلى هذه الرواية نحتاج إلى الفرق بينه وبين البيع بشرط الخيار، والفرق: أن القياس يأبىٰ جواز هذا العقد بهذا الشرط، كما قال زفر، وإنما تركنا القياس لما روينا من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، والنص ورد في الثلاثة، فيقتصر عليها، (**وإن نقد في الأيام الثلاثة، يصير جائزًا**)؛ اعتبارًا بالمحلق به.

رجل اشترى دارًا فرأى خارجها

رجل اشترىٰ دارًا فرأىٰ خارجها، أو اشترىٰ ثوبًا فرأىٰ ظاهرها، لم يكن له خيار الرؤية؛ لأن الشرط: رؤية بعض المعقود عليه، لا رؤية الكل، لكن [١٦٤/ب] إنما يُكتفىٰ برؤية البعض إذا كان يُعرَف حال الباقي، وفي العبد والجارية برؤية الوجه يُعرَف الباقي.

المكيل والموزون: إذا كان في وعاء، فرأى البعض

وفي المكيل والموزون: إذا كان في وعاء أو في أوعية، فرأىٰ البعض، لا يكون له خيار الرؤية، وقال مشايخ بلخ رحمهم الله تعالىٰ: برؤية أحد الوعاءين لا يبطل خياره، والصحيح هو الأول؛ لأن برؤية البعض يُعرف حال الباقي، فإن تغيرَّ الباقي، كان له أن يَرُدَّه.

وأما الثِّيَاب والطَّعَام المختلف، فرؤية البعض لا يُعرَف حال الباقي، وفي الثوب الواحد، إذا رأىٰ موضع الطي، بطل خياره؛ لأنه شيء واحد، فرؤية البعض يعرف الباقي، وبرؤية بعض الجوز والبيض لا يبطل الخيار؛ لأنه يتفاوت من حيث الصغر والكبر، فرؤية البعض لا يعرف الباقي.

وأما الدار، ذكر في «الكتاب» إذا رأىٰ خارجها، أو اشترىٰ كَرْمًا فرأىٰ رؤوس الأشجار، بطل خياره، وقيل: هذا في عرفهم؛ لأن دورهم على تقطيع واحد، فرؤية الخارج يُعرف حال الداخل، أما في عرفنا: الدور مختلفة، فلا يكتفىٰ برؤية الخارج، وكذلك في الكَرْم، لا يكتفىٰ برؤية الخارج ورؤوس الأشجار. [والله تعالىٰ أعلم].

❊❊❊

بَابُ
المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ

اشترى ثوباً فباعه بربح، ثم اشتراه وباعه مرابحة

(رجل اشترىٰ ثوبًا فباعه برِبْح، ثم اشتراه ثانيًا، فإن باعه مرابحة [بعد ذلك]، طرح عنه كل ربحٍ رَبِحه قبل ذلك، وإن كان الربح استغرق الثمن، لم يبعه مرابحةً، وقال أبو يوسف ومحمد: يبيعه مرابحةً على الثمن الآخر)[1].

وصورة المسألة: رجل اشترىٰ ثوبًا بعشرة دراهم، وقبضه، فباعه من غيره بخمسة عشر، وتقابضا، ثم اشتراه بعشرة دراهم، فأراد أن يبيعه مرابحةً، فإنه يحُطُّ عن الثمن الثاني الربح الذي رَبِح [فيه]: وهو خمسة دراهم، فيبيعه مرابحة على خمسة، ويقول: قائم عَلَيّ بخمسة، وعندهما: يبيعه مرابحة على عشرة.

وإن كان الربح يستغرق الثمن الثاني، بأن اشترىٰ بعشرة وباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة، فعند أبي حنيفة: لا يبيعه مرابحة من غير بيان، وعندهما: يبيعه مرابحة على عشرة.

لهما: أن البيع الثاني بيع صحيح بثمن معلوم، فيجوز بناء المرابحة عليه، كما لو باعه المشتري من غيره، ثم أن البائع الأول اشتراه من ذلك الغير، وكما لو اشترىٰ ثوبًا بعشرة، فباعه بعَرُضٍ يساوي خمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، حَلَّ له أن يبيعه مرابحةً على عشرة.

---

(١) في ب، د (الأخير).

ولأبي حنيفة: أن بيع المرابحة بيع أمانة، يُنفىٰ عنه كل تهمة وخيانة، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ شيئًا بثمن مؤجل، لا يبيعه مرابحة من غير بيان؛ لأن الأجل معنىٰ يزاد الثمن لأجله، فكان فيه شبهة الاعتياض عن الأجل، فلو باعه مرابحة، يصير كأنه اشترىٰ شيئين بثمن، وباع أحدهما مرابحة على جميع الثمن.

وكذا لو اشترىٰ ثوبين وباع أحدهما مرابحة على حصته من الثمن، لا يجوز؛ لأن حصة أحدهما من الثمن لا تُعرَف إلَّا بالحرز والظن، ويجري فيه الغلط.

وكذا لو كان له على رجل عشرة دراهم، فصالحه منها على ثوب، لا يبيع [الثوب] مرابحة على عشرة؛ لأن الصلح مبناه على التجوُّز، ولو وجد الحطُّ حقيقةً لا يبيع مرابحة، فكذا إذا تمكنت الشبهة، فثبت أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المرابحة.

وفي مسألتنا: الربح الذي استفاده بالعقد الأول، كان على شرف السقوط، بأن يَرُدَّ عليه بعيب، فإذا اشتراه من المشتري، تأكد ما كان على شرف السقوط، وللتأكيد في بعض مواضع حكم الإيجاب، ألا ترىٰ أنهم لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول، يضمنون نصف المهر؛ لتأكيد ما كان على شرف السقوط، فإذا اعتبر التأكيد إيجابًا، يصير البائع في مسألتنا مشتريًا بالعقد الثاني ثوبًا وخمسة دراهم بعشرة، فيكون الخمسة بإزاء الخمسة، ويبقىٰ الثوب بخمسة دراهم، فيبيعه مرابحة على خمسة، وإن باعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة، يصير مشتريًا ثوبًا وعشرة دراهم بعشرة دراهم، فيبقىٰ الثوب بلا ثمن، بخلاف ما إذا اشترىٰ من الثالث؛ لأن التأكيد حصل ببيع المشتري من الثالث.

عبد مأذون عليه دين يحيط برقبته اشترى ثوبًا بعشرة وباعه من المولى بخمسة عشر

(عبدٌ مأذونٌ له، عليه دينٌ يحيط برقبته، اشترىٰ ثوبًا بعشرة، وباعه من المولىٰ بخمسة عشر، يبيعه المولىٰ مرابحة على عشرة، وكذلك لو كان المولىٰ اشتراه وباعه من العبد مرابحة على عشرة)؛ لأن بيع المولىٰ من عبده المأذون المديون، [والمكاتب، وبيعهما] من المولىٰ، وإن كان جائزًا، فله شبهة العدم؛ لأن مال العبد لا يخلو عن حق السيد؛ ولهذا كان للمولىٰ أن يبيع كسب العبد لنفسه، ويقضي الدين من مال نفسه، والمكاتب إذا عجز، ورد في الرق، كان كسبه لمولاه، فكان بائعًا من نفسه من وجه، وبيع الإنسان من نفسه باطل، أو يعتبر العبد والمكاتب بمنزلة الوكيل عن المولىٰ، وإذا بطل البيع الثاني، لا يبيعه مرابحة على المذكور في البيع الثاني، وإنما يبيع على الثمن المذكور في العقد الأول. [١٦٦/أ]

دفع عشرة دراهم مضاربة بالنصف واشترى المضارب ثوبًا وباعه من رب المال

(وكذلك رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم مضاربة بالنصف، فاشترىٰ المضارب بها ثوبًا، وباعه من رب المال بخمسة عشر، باعه رب المال مرابحة على اثني عشر درهمًا ونصف)؛ لأن بيع المضارب من رب المال له شبهة العدم في حصة رب المال، ولا شبهة في أصل الثمن: وهو عشرة دراهم، ولا في حصة المضارب من الربح: وهو درهمان ونصف، فيبيعه مرابحة على اثني عشر ونصف.

(وقال زفر: لا يصح بيع المضارب من رب المال، ولا بيع رب المال من المضارب)؛ بمنزلة بيع الإنسان من وكيله، والمسألة في كتاب المضاربة.

ولو اشترىٰ ممن لا تقبل شهادته له، لا يبيعه مرابحة من غير بيان في قول أبي حنيفة، خلافًا لأبي يوسف ومحمد، لهما: أن الأملاك مختلفة متباينة، فيصِحُّ شراؤه من كل وجه، ولأبي حنيفة: أن منافع الأملاك مشتركة بينهما، فتمكَّن شبهة المساهلة والمسامحة.

اشترى جارية فاعورت

(إذا اشترىٰ جارية فاعورت، أو كانت ثيبًا فوطَئَها، كان له أن يبيعها مرابحة من غير بيان، وإن فقأ المشتري عينها، أو فقأها أجنبي، فأخذ الأرش، أو وطَئَها وهي بكر، لا يبيعها مرابحة حتى يُبيِّن).

أما في الإعورار؛ فلأن الفائت لا يقابله عوض: وهو الثمن، أَلَا ترىٰ أن المبيعة إذا اعورت قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن، وإذا بقي ما يقابله البدل من كل وجه، كان له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، بخلاف الفقأ؛ لأن العين صار مقصودًا بالإتلاف، فصار له قسط من الثمن؛ ولهذا إذا فقئت المبيعة قبل القبض، يسقط نصف الثمن، وكذا إذا فقأها أجنبي وأخذ الأرش؛ لأن العين صار مقصودًا، وقام الأرش مقام العين.

وإن اشترىٰ ثوبًا فأصابه قُرْضَ فأر، أو حَرْق نار، فهو بمنزلة الاعورار، وإن تكسَّر بنشره وطيِّه، فهو بمنزلة الفقأ.

وأما وطء الثيب؛ فلأن المستوفىٰ بالوطء لا يقابله البدل، فهو بمنزلة الاستخدام، بخلاف إزالة العذرة؛ لأنها إتلاف العضو، بمنزلة قطع اليد؛ لأنها جزء حقيقة.

اشترى غلامًا بألف درهم نسيئة، فباعه مرابحة بمئة، ولم يبين

(رجل اشترىٰ غلامًا بألف درهم نسيئة، فباعه مرابحة بربح مئة، ولم يبين، فعلم المشتري، فهو بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه، وإن علم بعدما هلك في يده، يلزمه ألف ومئة)؛ لأن الأجل معنىٰ يراد لأجله في الثمن، فكان له شبهة المبيع، فيلحق بحقيقة المبيع احتياطًا، ويصير كأنه اشترىٰ شيئين بألف درهم، وباع أحدهما مرابحة على ألف، وثَمَّة يُخَيَّرُ إنْ كان قائمًا، ويلزمه كل الثمن إن كان هالكًا؛ لأن بيع المرابحة بيع أمانة، فكان ظهور الخيانة فيها بمنزلة العيب، كذلك هنا، فيُخيَّر إن كان قائمًا، وإذا بطل وتعذَّر الرد، لا يرجع بشيء من الثمن؛ لأن الأجل لا حصة له من الثمن حقيقة.

اشترى بألف مؤجلة، فولاه بألف حالة فعلم المشتري

(ولو اشترىٰ بألف مؤجَّلة، فولَّاه بألف حالة، فعلم المشتري، كان له الخيار: إن شاء أخذه بألف حالة، وإن شاء تركه، وإن هلك في يده لزمه ألف حَالَّة)؛ لأن التولية بيع بمثل ما قام عليه، فكان ظهور الخيانة فيها بمنزلة العيب.

وعن أبي يوسف في «النوادر»: إن علم بذلك بعد الهلاك، كان له أن يرد قيمة المبيع، ويسترد الثمن، وهو بمنزلة ما لو كان له على رجل جِيادٌ، فأوفاه زيوفًا، ولم يعلم بذلك حتى أنفقها، عند أبي يوسف: يَرُدُّ زيوفًا مثل زيوفه، ويرجِع بالجياد.

وكان الفقيه أبو جعفر يقول: يُقَوَّمُ المبيع بثمن حَالٍّ، وبثمن مؤجَّلٍ، فيرجع بفضل ما بينهما.

ولو اشترىٰ ثوبًا بعشرة، فقال: اشتريته باثني عشر، وباعه مرابحة بربح ردهم، فعلم المشتري بذلك، فهو بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه في قول أبي حنيفة ومحمد، وعن محمد، وهو قول أبي يوسف: يُحَطُّ قدر الجناية وحصتها من الربح، وذلك درهمان وسدس درهم، ويلزمه الباقي.

ولو كان ذلك في التولية بأن اشترىٰ ثوبًا بثمانية دراهم، فقال لغيره: اشتريته بعشرة دراهم، ووَلَّيتك بمثل ما قام عَلَيَّ، ثم علم المشتري، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: يُحَطُّ الخيانة، فيأخذه بثمانية، فلا يُخيَّر المشتري، وعند محمد: يُخيَّر: إن شاء أخذه بعشرة، وإن شاء ترك.

وأبو يوسف سوَّىٰ بين التولية والمرابحة، فقال في الفصلين: يُحَطُّ قدر الجناية، ولا يُخيَّر، ومحمد سوّىٰ بينهما وقال: يُخيَّر: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وأبو حنيفة فَرَّق بينهما فقال في المرابحة: [يخيَّر] كما قال محمد، وفي التولية: يحُطُّ قدر الجناية، ولا يُخيَّر، كما قال أبو يوسف.

وجه قول أبي يوسف: أن المرابحة: بيع بما قام عليه وزيادة ربح، والتولية: بيع بمثل ما قام عليه، وعند الجناية، لا يبقىٰ بيعًا بما قام عليه، فيُحَطُّ قدر [١٦٥/ب] الجناية؛ ليبقىٰ بيعًا بما قام عليه.

وجه قول محمد: أن المشتري رضي بالثمن المُسَمَّىٰ في الفصلين، إلَّا أن ظهور الجناية بمنزلة العيب، فيخيَّر.

ولأبي حنيفة: أن التولية: بيع بما قام عليه، وبعد الجناية، لا يبقىٰ بيعًا بما قام عليه، فيُحَطُّ؛ ليصير البيع توليةً، ولا كذلك المرابحة؛ لأن المرابحة تبقىٰ مرابحة بعد الجناية، لكن يزداد الربح، فيجوز العقد بما سمّىٰ، ويخيَّر؛ لأنه تغيَّر عليه شرط عقده، فكان تغير الشرط بمنزلة العيب.

ولّى رجلاً بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بما قام عليه

(رجل ولَّىٰ رجلاً بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بما قام عليه، فالبيع فاسد؛ لجهالة الثمن، فإن أعلمه بذلك، جاز العقد، ويخيِّر المشتري: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك).

أراد به: إذا أعلمه في المجلس؛ لأن هذا فساد يمكن في صُلْب العقد، إلَّا أن ساعات المجلس كساعة واحدة، ولهذا كان القبول في آخر المجلس، كالقبول عند الإيجاب، فإذا أعلمه في المجلس، كان ذلك بمنزلة الإعلام عند العقد، بخلاف ما بعد المجلس؛ لأن الفساد قد تقرَّر، فلا يجوز إلَّا بالتَّحديد، كما لو باع شيئًا برقمه، وإذا علم في المجلس، جاز، ويُخيَّر المشتري؛ لتمكُّن الخَلَل في الرضا؛ لأن الرضا لا يتحقق مع جهالة الثمن، كما لا يتحقق مع جهالة أوصاف المبيع، وثمّة يثبت له خيار الرؤية عند العلم، كذلك هاهنا.

بَابُ
العُيُوبِ

اشترى جارية بالغة بألف، فوجدها لا تحيض - معيبًا -

(رجل اشترىٰ جارية بالغة بألف، فِوجدها لا تحيض، أو مستحاضةً، أو زانيةً، أو ذميَّةً، فهو عيب، والزنا ليس بعيب في الغلام).

أما عدم الحيض والاستحاضة؛ لأن العادة الأصلية في التي خلقت على السلامة: الحيض في أوانه، والمعاودة على وجه لا يدوم، فإذا جاوزت أقصىٰ مدة الحيض: وهو سبعة عشر سنة، ولم تَحِضْ، أو حاضت ولم ينقطع، كان ذلك لداء في باطنها، والداء عيب، فإن أنكر البائع ذلك، لا يَرُدُّ عليه إلَّا بحجة، وقيل: يقبل فيه قول الأمة ضرورة أنَّه لا يَقِفُ عليها غيرها.

فإن كان ذلك بعد القبض، لا تُرَدُّ بقولها؛ لأن على قول هذا القائل: شهادة الأمة بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، فيثبت العيب في حق سماع الدعوىٰ، ولا يكفي للرد، فيستحلف البائع، فإن نكل، يَرُدُّ عليه بنكوله.

وإن كان ذلك قبل القبض، فكذلك في ظاهر الرواية، لا يرد بشهادة النساء، ولا بشهادة الأمة هاهنا.

وعن أبي يوسف: أنه يرد قبل القبض بشهادة النساء؛ لأن العقد لم يتأكد قبل القبض، فجاز أن يفسخ بشهادة النساء.

فعلىٰ قياس تلك الرواية: جاز أن يفسخ بقول الأمة عند من يجعل قولها حجة.

وأما إذا وجدها ذميّة، أو اشترىٰ عبدًا فوجده كافرًا، كان له أن يرد؛ لأن الكفر عيب فاحش؛ لأن المسلم لا يرغب في صحبة الكافر، ولا يعتمد عليه؛ للعداوة الدينية.

وإن اشتراه على أنه كافر، فوجده مُسْلمًا، لا يرده عندنا، وقال الشافعي: يرد[1]؛ لأن الكافر قد يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم، وفوات الشرط بمنزلة العيب.

وإنا نقول: اشتراه على أنه معيب، فوجده سليمًا، وما قال، قلنا: منفعة المسلم أكثر، ولهذا لو اشتراه على أنه مسلم، فوجده كافرًا، كان له أن يرده.

[ولو اشترىٰ شيئًا على أنه معيب، فوجده سليمًا، لا يردّ].

وأما إذا وجد الأمة زانية، كان له أن يردها؛ لأن الأمة قد يقصد منها الولد، والزنا يفسد الفراش، فيُخِلُّ بالغرض، وكذا لو كانت ولد الزنا؛ لأن ذلك يمنع من الاستيلاد عادة، فيُخِلُّ بالغرض.

ولو وجد العبد زانيًا، أو ولد الزنا، لا يرد؛ ولأن الزنا لا يُعَدُّ عيبًا في العبيد، وهو بمنزلة البخر، يُعَدُّ عيبًا في الجارية، ولا يُعَدُّ عيبًا في [العبيد][2]، وإنْ كان أمرد؛ لأن [العبد][2] يشترىٰ للكسب والاستخدام خارج البيت، والزنا ونحو ذلك لا يُخِلُّ بهذا الغرض، هذا إذا زنىٰ مرَّة أو مرَّتين.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٥١.

(٢) في أ (الغلام) في الموضعين، والمثبت من ب، د.

فأما إذا كثر يكون عيبًا، يرده به؛ لأن ذلك يعجزه عن بعض الأعمال، وبضعفه، وترادف الحَدّ يوجب نقصانًا في عينه وقيمته.

وعن أبي القاسم الصَّفَّار: أن الزنا عيب في الغلام وإن كان مرّة؛ لأنه لا يؤتمن على الأهل، والصحيح هو الأول[1].

الإباق، والبول في الفراش، والجنون والسرقة، عيب

(الإباق، والبول في الفراش عيب ما دام صغيرًا، والجنون في الصغير عيب أبدًا).

أراد به: إذا جُنَّ عند البائع في الصغر، ثم جُنَّ عند المشتري، كان له أن يرد، سواء جُنَّ عنده في الصغر أو بعد الكبر، ومن المشايخ من قال: أنه أراد بذلك: أنه إذا جُنَّ عند البائع، كان للمشتري أن يرده، وإن لم يعاوده عند المشتري، وهو خلاف الرواية الظاهرة.

(أما إذا أبق أو سرق عند البائع في صغره، ثم فعل ذلك عند المشتري في الصغر، كان له أن يرده، وإن فعل عند المشتري بعد البلوغ، لا يرد).

وكذلك البول في الفراش، إن بال عند البائع في فراشه بعدما كان رباعيًا أو خماسيًا، ثم بال عند المشتري في الصغر، رده، وإن بال عنده بعد البلوغ، لا يرد؛ لأن المشتري إنما يرد بالعيب الذي كان عند البائع، لا بعيب حدث عنده، واتحاد العيب إنما يعرف باتحاد سببه، ففي الجنون سبب العيب في الحالين واحد: وهو الخلل في الدماغ، فإذا تمكَّن، قَلَّ ما يزول، والمعادة تدل على القيام. [١٦٧/أ]

أما البول في الفراش في الصغر سببه ضعف المثانة، وبعد البلوغ: داء في باطنه، فكان الثاني غير الأول، وكذلك الإباق.

---

(١) في ب، د (ما قلنا).

والسرقة في الصغر؛ [لِقِلَّة المبالاة] والعقل، وبعد البلوغ؛ لخُبْثٍ في اعتقاده، فكان الثاني غير الأول.

رجل اشترى عبدًا وقبضه، وادعى عيبًا

(رجل اشترىٰ عبدًا وقبضه، وادَّعىٰ عيبًا، لم يجبر المشتري على نقد الثمن حتى يحلف البائع، أو يقيم المشتري البَيِّنَةَ)، وقال ابن أبي ليلىٰ: يجبر المشتري على نقد الثمن؛ لأن حقه ثابت، فلا يؤخر لأمر موهوم.

ولنا: أن القاضي مأمور بصيانة قضائه عن البطلان، ولو أجبره القاضي على نقد الثمن، فإذا ثبت العيب، يأمره بالرد، فيحتاج إلى نقض قضائه، وفيه اشتغال بما لا يفيد، هذا إذا قال المشتري: شهودي بالمصر[1].

قول المشتري: شهودي بالشام

(فإن قال: شهودي بالشام، استحلف البائع، فإن حلف، [يجب عليه] دفع الثمن)، ولا ينتظر حضور الشهود؛ لأن فيه إبطال حق البائع بتأخيره لا إلى غاية معلومة، وليس في نقد الثمن إبطال حق المشتري، بل هو على حجته إن أقام البينة بعد ذلك، يسترد الثمن.

وعلى هذا إذا ادَّعىٰ على رجل مالاً، والمدعىٰ عليه يدَّعي الإبراء، فإن قال المدعىٰ عليه: شهودي في المصر[1]، يؤجله القاضي إلى المجلس الثاني، وإن قال: لا بيّنة لي، أو قال: شهودي غُيَّبٌ، يستحلف المدعي، ويؤمر بدفع المال إليه.

المشتري إذا ادعى في المبيع عيبًا فهو على وجوه أربعة:

(المشتري إذا ادَّعىٰ في المبيع عيبًا)، فهو على وجوه أربعة:

أحدها: أن يدَّعي عيبًا ظاهرًا، كالعمي، والأصبع الزائدة، والسن الشاغبة، أو باطنًا لا يعرفه إلَّا الأطباء، أو عيبًا يطلع عليه النساء دون الرجال، أو يدَّعي عيبًا لا يعرف إلَّا بالتجربة والاختبار: كالسرقة، والإباق، والبول في الفراش، والجنون.

---

(١) في ب (في البصرة).

ففي الوجه الأول: يسمع القاضي دعوىٰ المشتري، ولا يُكلِّفه إثبات العيب، كسماع الدعوىٰ؛ لأنه ثابت عيانًا، وإذا سمع دعواه، فإن كان عيبًا لا يحدث أصلاً، أو لا يحدث فيما مضىٰ من الزمان بعد البيع، فإن القاضي يرده على البائع؛ لأن القاضي تَيَقَّنَ بوجود العيب عند البائع، فيرده، إلَّا إذا ادَّعىٰ البائع الرضا، أو الإبراء، وثبت ذلك بالبينة.

(**وإن لم يكن له بينة، يستحلف [المشتري] على ما ادَّعىٰ**)؛ لأنه ادَّعىٰ عليه معنًى لو أقر به، يلزمه، فيحلف لرجاء النكول، فيحلف: بالله ما علمت به قبل الشراء، أو لا رضيت به بعدما اشتريت، ولا عرضته على بيع بعدما علمت به أبدًا.

وأكثر القضاة على أنه يحلف: بالله ما سقط حقك في الرد بهذا العيب من الوجه الذي يدَّعي البائع، لا صريحًا ولا دلالة؛ لأن الأسباب المبطلة كثيرة، لا يمكن حصرها، فيحلف على هذا الوجه.

وكذا لو ادَّعىٰ البائع: أن المبيع ليس بمملوك له في الحال، يحلفه القاضي على ذلك.

ولو أن البائع لم يَدَّعِ شيئًا من ذلك، هل يحلفه القاضي من غير دعوىٰ؟ في ظاهر الرواية، لا يحلفه، وعن أبي يوسف: أن يحلفه نظرًا للبائع.

وأجمعوا: على أن القاضي يحلف من يدَّعي على الميت دينًا، وإن لم يَدَّعِ على الوارثِ أو الوَصِيِّ، هذا إذا كان العيب عيبًا لا يحدث عند المشتري.

فإن كان يتصور حدوثه عند المشتري، فإن القاضي إذا سمع دعوىٰ المشتري، يقول للبائع: هل كان هذا العيب عندك؟ فإن قال: نعم، يرده عليه، إلَّا إذا ادَّعىٰ الرضا، أو الإبراء، ويكون هذا والوجه الأول سواء، وإن أنكر البائع أن يكون عنده، كان القول قوله، ولا يرد عليه إلَّا بحجة، (**فإن أقام المشتري بينة ردّه عليه**)، ويصير هذا بمنزلة الوجه الأول.

وإن لم يكن له بينة، يستحلف البائع: بالله لقد باعه وسَلَّمَه [إليه] وما به هذا العيب، وذكر في الاستحلاف: بالله لقد سلَّمته بحكم هذا البيع، وما به هذا العيب، وذكر عن بشر بن الوليد: أنه يستحلف على الحاصل: بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدَّعي، وعليه الفتوىٰ، وجملة هذه الروايات ودلائلها مذكورة في «الجامع»، فإن حلف لا يرد عليه، وإن نكل يرد عليه.

إن كان العيب باطنًا لا يعرفه إلَّا الأطباء

وإن كان العيب باطنًا، لا يعرفه إلَّا الأطباء: كوَجع الكَبِد، والطحال، ونحو ذلك، فإن كان البائع مُقرًّا بقيام العيب للحال، يقول القاضي للبائع: هل كان هذا العيب عندك؟ فإن قال: نعم، أو أنكر، فاستحلف ونكل، أو أقام المشتري بينة على أنه كان عنده، ردّه عليه، إلَّا إذا ادَّعىٰ الرضا، أو الإبراء على الوجه الذي ذكرنا. [١٦٦/ب]

وإن أنكر البائع قيام العيب للحال، يريه أهل العلم بذلك، فإن أخبر بذلك رجل واحد، ثبت العيب في حق سماع الدعوىٰ، ويوجه اليمين على البائع، لا في حق الرد، فيقول القاضي للبائع: هل كان هذا العيب عندك. فإن قال: نعم، أو أقام المشتري بينة، قضىٰ عليه بالرد، وإن لم يكن له بَيِّنَة، يستحلف البائع، إلَّا أن يدَّعي الرضا، أو الإبراء.

وإن ثبت العيب بشهادة عدلين مسلمين، فإن كان قبل القبض، يرد على البائع، وكذا إذا كان بعد القبض، إلَّا أنه لا يحتمل الحدوث عند المشتري؛ لأن العيب ثبت بما هو حجة، فيرده، وإن كان يحتمل الحدوث عند المشتري، وأنكر البائع أن يكون عنده، يحلف البائع على الوجه الذي ذكرنا، فإن حلف، انقطعت الخصومة، وإن نكل يرده عليه.

إن كان عيبًا لا يطلع عليه الرجال

وإن كان عيبًا لا يطلع عليه الرجال، كالقَرْن، والرَّتْق، والعفلة، ونحو ذلك، فإن القاضي يريها النساء، والواحدة تكفي، والثنتان أحوط، فإن قلن: بها هذا العيب للحال، يثبت العيب في حق توجه الخصومة.

ثم المسألة على وجهين: إن كان بعد القبض، لا يرد بشهادة النساء بالاتفاق، لكن يحلف البائع، فإن حلف لا يرد، وإن نكل يرد عليه بنكوله، وإن كان قبل القبض، ذكر الخصاف: أن على قول أبي يوسف: يرد من غير يمين البائع، وقال محمد: لا يرد حتى يحلف البائع.

وجه قول محمد: أن شهادة النساء حجة ضعيفة، جعلت حجة لمكان الضرورة، فتجعل حجة في حق سماع الدعوىٰ دون الرد.

ولأبي يوسف: أن شهادة النساء وإن كانت حجة ضعيفة، إلَّا أن العقد ضعيف قبل القبض، حتى ينفرد المشتري بالفسخ عند ظهور العيب، فجاز أن يفسخ بشهادة النساء.

وعن محمد في «النوادر»: أنَّ شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، يصلح حجة للرد وإن كان بعد القبض.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يرد بشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال.

تفصيل في مسألة الإباق والبول في الفراش والجنون

وأما في الوجه الرابع: وهو الإباق، والبول في الفراش، والسرقة، والجنون، [فإن القاضي لا يسمع دعوىٰ المشتري، حتى يثبت وجود هذه العيوب عند المشتري، إلَّا أن في الإباق، والسرقة، والبول في الفراش] يعتبر مع ذلك إيجاد الحالة لصحة الدعوىٰ، وفي الجنون لا يعتبر إيجاد الحالة لما ذكرنا.

فإن أقام المشتري بينة أنه أبَق عبده، أو جُنَّ، أو سرق، أو بال، سمع دعواه، ويقول القاضي للبائع: هل كان هذا العيب عندك في الحالة التي كان عند المشتري؟ فإن قال: نعم، يرده عليه، إلَّا إذا ادَّعىٰ الرضا أو الإبراء.

وإن أنكر أن يكون عنده، أو ادَّعَىٰ اختلاف الحالة في الإباق، والسرقة، والبول في الفراش، يقول القاضي للمشتري: ألك بينة؟ فإن قال: نعم، أقامها عليه، ورَدَّه عليه، إلَّا إذا ادَّعىٰ الرضا، أو الإبراء، وإن لم يكن له بينة على ذلك، يستحلف البائع على البتات على الوجه الذي ذكرنا، فإن نكل رَدَّه عليه، وإن حلف انقطعت الخصومة، هذا إذا ثبت العيب عند المشتري بالبينة.

فإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف البائع: بالله ما يعلم أن هذا العبد [قد] أبَق عند المشتري، وكذلك في السرقة، والجنون، والبول في الفراش، وغير ذلك من العيوب التي يَدَّعيها المشتري، هل يستحلفه القاضي؟ على قول أبي يوسف ومحمد: يستحلف.

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة: قال بعضهم: لا يستحلف، وهكذا ذكر في كتاب التزكية.

وفي كتاب الاستحلاف: لهما: أنه ادَّعىٰ عليه معنىٰ لو أقر به، يلزمه، فإذا أنكر، يستحلف، [لكن يستحلف] على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير.

ولأبي حنيفة: أن اليمين شُرِع لقطع الخصومة، لا لإنشائها، وفي هذه اليمين إنشاء الخصومة، فإن البائع لو استحلف، فنكل، لا تنقطع الخصومة، بل يحلف مرة أخرىٰ، بخلاف سائر الدعاوي؛ ولأن الاستحلاف يترتب على دعوىٰ صحيحة، وإنما تصح دعوىٰ المشتري إذا ثبت العيب عنده، ولم يثبت.

وإذا استحلف ـ عندهما ـ ونكل، يحلف البائع مرة أخرىٰ على البتات.

وفي الجنون: يحلف البائع في ظاهر الرواية: بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما جُنَّ قبل ذلك قط، وفيما سوىٰ الجنون يحلف: بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق، وما سرق، وما بال منذ بلغ مبلغ الرجال؛ لما ذكرنا في الفرق.

اشترى جارية على أنها بكر، فقال المشتري: هي ثيب

رجل اشترىٰ جارية على أنها بكر، فقال المشتري: هي ثيب، فالقاضي يُرِيها النساء؛ [لأن البكارة لا تعرفها إلَّا النساء]، فإن قُلْنَ: هي بِكْر، انقطعت الخصومة؛ لأن البكارة أصل، فتأيدت شهادتهنّ بمؤيِّد، وإن قُلْنَ: هي ثَيِّب، تتوجه الخصومة على البائع، فيحلف البائع: بالله لقد بعتها [١٦٨/أ] وسلَّمتها إليه وهي بكر، فإن حلف، انقطعت الخصومة، وإن نكل، ردت عليه بإقراره.

وإن ادَّعىٰ الحبل، فالقاضي يُرِيها النساء، فإن قلن: لا حبل بها، لزم المشتري؛ لأن شهادتهن تأيدت بمؤيِّد؛ لأن الأصل عدم الحبل، وإن قلن: إنها حامل، يحلف البائع: [بالله] لقد بعتها منه وسلَّمتها إليه وما بها هذا الحبل، ومن الناس من قال: لا يثبت الحبل بشهادة النساء؛ لأن المرأة لا تعرف حبل نفسها، فكيف تعرف حبل غيرها، وهذا قول مهجور لا نأخذ به، فإن من النساء من تعرف الحبل بالعلامة.

(رجل اشترىٰ جارية وقبضها، فوجد بها عيبًا، فقال البائع: بعتك هذه وأخرىٰ معها، وقال المشتري: لا بل بعتنيها وحدها، فالقول: قول المشتري)؛ لأن حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض، فيكون القول: قول القابض؛ لأنه ينكر قبض غيرها.

اشترى بيضًا أو بطيخًا، أو جوزًا فكسره، فوجده فاسدًا

(رجل اشترىٰ بيضًا، أو بطيخًا، أو قثاءً، أو خيارًا، أو جوزًا، فكسره، فوجده فاسدًا، فإن كان لا ينتفع به كالقَرْع إذا وجده مُرًّا، أو البيضة إذا وجدها مَذْرَةً، فإنه يرجع بجميع الثمن)؛ لأن محل البيع مال ينتفع به، إما في الحال، أو في الثاني[1]، فإن كان لا ينتفع به أصلاً، لا يكون محلاً للبيع، فيبطل البيع.

وكذلك إذا وجد الجوزة خاويةً؛ لأن المقصود: هو اللُّبِّ دون القَشْر، ولو كان القَشْر مقصودًا أيضًا، فالقَشْر على حاله لم يتغير، فيرد القشر، ويسترد كل الثمن، [هذا] إذا وجد الكل فاسدًا.

فإن وجد البعض فاسدًا، فإن كان الفاسد قليلاً، لا يخلو عنه غالبًا، لم يكن للمشتري أن يخاصم البائع؛ لأن ما لا يخلو عنه غالبًا، لا يعتبر، وإن كان الفاسد كثيرًا يبطل البيع في الفاسد، وإذا فسد البيع فيه، يفسد في الباقي، كما لو جمع بين حُرٍّ وعبد، وباعهما جملةً.

ولم يذكر في الكتاب حدَّ القِلَّةِ والكثرة، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: الجوزة الواحدة في المئة، يسير لا يعتبر، وكذلك البيضة، هذا إذا كان الفاسد مما لا ينتفع به.

فإن كان الفاسد شيئًا ينتفع به، وله قيمة كالبطيخ والفاكهة، عندنا: لا يَرُدُّ، ويرجع بنقصان العيب؛ لأن البيع صادف محلاً هو مال، فيَصِحُّ، وبالكسر يُعَيَّب المَعيب بعيبٍ زائدٍ، فيمتنع الرد، ويرجع بالنقصان.

وقال الشافعي: يَرُدُّ؛ لأن الكسر حصل بتسليط البائع[2]، فلا يمنع الرد.

---

(١) في د (الباقي).

(٢) انظر: المهذب ١١٤/٣.

وإنا نقول: البائع رضي بكسر المشتري ملك نفسه، لا ملك البائع، فيجب مراعاة الحقين، وذلك في الرجوع بنقصان العيب.

اشترى عبدين صفقة واحدة، فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبًا

(رجل اشترىٰ عبدين صفقةً واحدةً، فقبض أحدهما، ووجد بالآخر عيبًا، فإنه يأخذهما، أو يَدَعُهما)، وليس له أن يَرُدَّ المَعيب خاصةً؛ لأن تمام الصفقة إنما يحصل بقبض جميع المعقود عليه، ولم يوجد هاهنا، وتفريق الصفقة قبل التمام باطل؛ لأن تفريق الصفقة قبل التمام بمنزلة تفريق القبول، وقد ذكرنا هذا في باب خيار الرؤية وخيار الشرط.

اشترى جارية فوجد بها قرحًا، فداواها

(رجل اشترىٰ جارية فوجد بها قرحًا، فداواها، فهو رضاً، وكذا لو اشترىٰ دابة فوجد بها عيبًا، فركبها في حاجته)؛ لأن المداواة دليل الرضا لإزالة العيب، وقيام العيب لا يمنع الرد، بل هو شرط التمكن من الرد، فكانت المداواة دليل الإمساك، ودليل الرضا بالعيب، فكذلك الركوب في حاجة نفسه بعد العلم بالعيب، دليل الرضا بالعيب.

بخلاف ما إذا ركبها في خيار الشرط؛ لأن خيار الشرط وُضِع[1] للاختبار، وذلك لا يحصل إلَّا بالركوب، فلا يبطل خياره بالركوب، وأما خيار العيب لم يُشرَع للاختبار، فيكون مُبطِلاً للخيار.

(وإن ركبها في خيار العيب للسقي أو للرد، لا يبطل خياره)؛ لأنه إذا كان لا يقدر على الرد إلَّا بالركوب، كان الركوب من ضرورات الرد، وكذلك الركوب للسقي من ضرورات الرد؛ لأنه لا يتمكن من الرد إلَّا على اعتبار البقاء، ولا بقاء إلَّا بالسقي.

---

(١) في ب (شرع).

وكذا إذا ركبها لحمل العَلَف؛ لأن العَلَف إذا كان في وعاء واحد، لا يمكنه حمله إلَّا بالركوب، والعَلَف يحتاج إليه للرد بمنزلة السقي، حتى لو كان العَلَف في عَدْلين، أو في وعاءين، وركب، كان الركوب دليل الرضا؛ لأن حمل العَلَف ممكن بدون الركوب.

اشترى ثوبًا فقطعة ولم يخطه ووجد به عيبًا

(**رجل اشترىٰ ثوبًا، فقطعة، ولم يَخِطْه، ثم وجد به عيبًا، يرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، فإنه يَرُدُّه**)، ولا يرجع بنقصان العيب؛ لأن المشتري استحق صفة السلامة بمطلق العقد، فإذا علم بالعيب بعد القطع، وبالقطع يُعيِّب المعيب بعيب آخر زائد، فقد عجز عن رده كما قبض، فيرجع بنقصان العيب؛ نظرًا لهما، فإذا قال البائع: أنا أقبله كذلك، فقد رضي بالقطع، فزال المانع من الرد: وهو حق البائع، فيرد.

ولو قطعه قميصًا وخاطه، ثم علم بالعيب، كان له أن يرجع بنقصان [١٦٧/ب] العيب؛ لِمَا قلنا، وإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، ولا أرد النقصان، ليس له ذلك؛ لأن المانع من الرد هنا حق الشرع؛ لأن الخياطة زيادة، والزيادة تمنع من الرد؛ حقًّا للشرع، فلا يرتفع المانع برضا البائع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن القطع نقصان؛ ولهذا لو غصب ثوبًا فقطعه قميصًا، لا ينقطع حق المالك، ولو خاطه قميصًا، ينقطع.

اشترى ثوبًا صبغه أحمر ثم علم بالعيب

(**وكذلك لو اشترىٰ ثوبًا صبغه أحمر أو أصفر، ثم علم بالعيب، يرجع بالنقصان، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، ليس له ذلك**)؛ لأن الصبغ زيادة بمنزلة الخياطة.

اشترى ثوبًا فقطعه قميصًا ولم يخطه، حتى باعه، ثم علم بالبعيب

ولو اشترىٰ ثوبًا فقطعه قميصًا ولم يَخِطْه، حتى باعه، ثم علم بعيب كان عند البائع، ليس له أن يرجع بالنقصان؛ لأن من حجة البائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، وإمساك المشتري حصل بتسليط الأول، فلو كان الثوب المقطوع في يد الأول وأمسكه، لا يرجع بنقصان العيب، كذلك هنا.

اشترى ثوبًا فقطعه وخاطه، ثم باعه ثم علم بالبعيب

(**وإن قطعه، وخاطه، أو صبغه أحمر، ثم باعه، ثم علم بالعيب، كان له أن يرجع بنقصان العيب**)؛ لأن امتناع الرد بعد الخياطة كان بسبب الزيادة، لا بسبب إمساك الثاني، فكان الحال بعد البيع، كالحال قبله، وقبل البيع له أن يرجع بنقصان العيب على كل حال، كذلك هاهنا.

اشترى ثوبًا فقطعه قميصًا لولده الصغير وخاطه ثم علم بالبعيب

وكذا لو اشترىٰ ثوبًا فقطعه قميصًا لولده الصغير وخاطه، ثم علم بالعيب، لا يرجع بنقصان العيب، ولو كان كبيرًا يرجع؛ لأنه لما قطعه قميصًا لولده الصغير، فقد وهب لولده الصغير، ويد الواهب تقوم مقام يد الصغير، فتتم الهبة بنفس الإيجاب، فكانت الخياطة بعد الهبة والتسليم، فلا يرجع، كما لو وهب لأجنبي وسلَّم، ثم علم بالعيب.

أما إذا كان الولد كبيرًا، لا تتم الهبة إلَّا بالتسليم، فكانت الخياطة على ملكه، ويكون امتناع الرَّدِّ بسبب الخياطة، لا بحكم الهبة، فيرجع بالنقصان.

وطريق الرجوع بنقصان العيب: أن يُقَوَّمَ صحيحًا لا عيب به، ويُقَوَّمَ وبه العيب، فإن كان العيب ينقصه [الثلث](1)، يسترد الثلث من الثمن، وإن كان النقصان أقل من الثلث، أو أكثر، فهو على هذا القياس.

اشترى عبدًا قد سرق ولم يعلم به فقطعت يده

(**رجل اشترىٰ عبدًا قد سرق ولم يعلم به، فقطعت يده عند المشتري، فله أن يرده ويسترد كل الثمن، وقال أبو يوسف ومحمد: يُقَوَّمُ سارقًا وغير سارق، فيرجع بنقصان ما بينهما، ولا يرد**).

---

(١) في أ (ثلث القيمة)، والمثبت من ب، د.

وعلى هذا الخلاف: إذا اشترىٰ عبدًا حَلَّ دمه بقصاص، أو رِدَّة، أو قَطْعِ طريق، فقُتِل بذلك عند المشتري، عند أبي حنيفة: يسترد كل الثمن، وقال أبو يوسف ومحمد: يُقَوَّمُ معصومًا، ويُقَوَّم حلال الدم، فيرجع بفضل ما بينهما.

فعند أبي حنيفة: ظهور هذا بمنزلة استحقاق العبد، وعندهما: بمنزلة العيب، وما ذكر في الكتاب: «اشترىٰ ولم يعلم» مذهبهما؛ لأن المشتري إذا علم بالعيب عند الشراء، لا يكون له حق الرد، أما عند أبي حنيفة: لما كان هذا بمنزلة الاستحقاق، لا يختلف بين العلم والجهل.

لهما: أن العبد بعد الجناية والسرقة، مالٌ متقوَّمٌ ما دام حيًّا يَرغَب الناس في شرائه، فيكون محلاً للبيع، إلَّا أنه مَعيبٌ، وقد تَعيَّب بعيب [آخر] عند المشتري، فيرجع بالنقصان، كما لو اشترىٰ جارية حاملاً، فماتت في نفاسها عند المشتري، فإنه لا يسترد كل الثمن، بل يرجع بنقصان الحَبَل إن لم يكن يعلم بذلك، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن القطع والقتل حصل بسبب كان عند البائع، وفوات المالية من لوازم القتل، فيضاف إلى ما أضيف إليه القتل، وإذا أضيف إليه صار كأنه وجد عند البائع، فيرجع بجميع الثمن، كمن غصب عبدًا فقتل عنده إنسانًا، أو سرق ثم رده على مولاه، فقُتِل عند المولىٰ، أو قُطِعت يده، كان للمولىٰ أن يرده ويرجع بجميع قيمته على الغاصب، كذلك هنا.

وكذلك لو اشترىٰ عبدًا فوجده مديونًا، فبِيْعَ بالدَّيْن، كان للمشتري أن يرجع على البائع بجميع الثمن.

وأما مسألة الحامل، قيل: ذلك قولهما، ولئن سلَّمنا، فنقول: ثمة سبب الموت المرض المُتلِف، والمرض المُتلِف حصل عند المشتري، لا يلزم على هذا إذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب، فردها على المولىٰ، فماتت عنده في الولادة، كان له أن يرجع على الغاصب بجميع القيمة؛ لأن ثمّة الواجب على الغاصب ردّها كما قبض، وقد قبض الجارية فارغةً، وردَّها مشغولةً، فلا يخرج عن الضمان.

وإن سرق عند البائع، ثم سرق عند المشتري، فقُطِعت يده في جميع ذلك، عندهما: لا يختلف الجواب، وعند أبي حنيفة: يرجع على البائع بربع الثمن، ولا يَرُدُّ إلَّا أن يرضىٰ البائع، فإن قبله البائع مقطوعًا، رجع المشتري [١٦٩/أ] عليه بثلاثة أرباع الثمن.

ولو باعه المشتري من غيره، فقُطِعت يده عند المشتري الثاني، أو قُتِل عنده، عندهما: لا يرجع المشتري الأول على البائع كما في سائر العيوب، وعند أبي حنيفة: يرجع كما في الاستحقاق.

وإنْ أعتقه المشتري ثم قُطِعت يده، أو قُتِل، عندهما: يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب، وعند أبي حنيفة: لا يرجع؛ لأن القطع والقتل لم يتضمن تفويت المالية هنا؛ لانعدام المالية يوم القطع والقتل.

اشترى عبدًا فباعه من غيره فوجد الثاني به عيبًا

(**رجل اشترىٰ عبدًا، فباعه من غيره، فوجد الثاني به عيبًا، فردّه على الأول بقضاء، كان للأول أن يخاصم بائعه، سواء رد عليه بالبينة، أو بالنكول، أو بالإقرار**)؛ لأن الردَّ بقضاء القاضي فَسْخٌ؛ لأن القاضي لا يجبر على البيع، فإذا تعذر أن يجعل بيعًا، كان فسخًا، فإذا انفسخ البيع الثاني، كان له أن يرده على بائعه.

(**وإن ردَّ على الأول بإقراره بغير قضاء، فإن كان عيبًا يَحْدُث في تلك المدة، ليس له أن يخاصم بائعه**)؛ لأن الرد بغير قضاء بيعٌ في حق الثالث، ولو اشتراه من [الثاني]، ليس له أن يخاصم بائعه، كذلك هاهنا.

(**وإن كان عيبًا لا يَحدُث مثله**)، فكذلك في عامة الروايات، وعلى قياس ما ذكر في بعض روايات البيوع: له أن يخاصم بائعه، وسيأتي بعد هذا في آخر البيوع.

اشترى عبدًا وأعتقه على مال، ثم وجد به عيبًا

(**رجل اشترىٰ عبدًا وأعتقه على مال، ثم وجد به عيبًا، لا يرجع بنقصان العيب**)؛ لأنه حابس عوضه، وحبس العوض كحبس المعوَّض، فلا يرجع، كما لو باعه، وكذا لو قتله ثم وجد به عيبًا، لا يرجع بنقصان العيب؛ لأن القتل مضمون، لو حصل في ملك الغير، يلزمه الضمان، فكان سلامة[1] الضمان بمنزلة أخذ العوض [والبيع].

وإن أعتقه على غير مال، أو دبَّره، أو استولد، يرجع بنقصان العيب، والقياس: أن لا يرجع، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه امتنع الرد بزوال المبيع عن ملكه، فلا يرجع [نقصان العيب]، كما لو امتنع ببيع أو هبة.

وجه الاستحسان: أنه لم يَرْضَ بالعيب، ولم يصل إليه بدل الجزء الفائت، فوجب أن يرجع، كما لو مات.

أما إذا لم يصل إليه بدل الجزء الفائت؛ لأنه لم يأخذ عوض المبيع حتى يكون البعض بمقابلة البعض الفائت، بخلاف البيع، وبخلاف ما إذا وهب؛ لأن الموهوب له تَشَبَّثَ بالمبيع بتسليطه من قبله، مع إمكان الرد، فصار كما لو تَشَبَّثَ المشتري بنفسه، أمَّا هاهنا خرج المبيع من أن يكون محلاً للفسخ، ومثل هذا لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، كما لو مات.

---

(١) في ب (ملازمة).

بَابُ
الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ والشِّرَاءِ

دفع إلى آخر دراهم فقال: اشتر لي بها طعامًا

(رجل دفع إلى آخر دراهم، فقال: اشتر لي بها طعامًا، فهو على الحنطة ودقيقها)، والقياس: أن يتناول كل مطعوم؛ لأن الطعام اسم عام يتناول كل مطعوم؛ ولهذا لو حلف: لا يأكل طعامًا، يحنث بأكل الكل.

وجه الاستحسان: أن الطعام في البيع والشراء ينصرف إلى الحنطة ودقيقها عرفًا؛ ولهذا يسمىٰ السوق الذي يباع فيه الحنطة والدقيق في عرفهم: سوق الطعام، ولا عرف في الأكل، فيبقىٰ على الحقيقة.

وقال أبو جعفر: إن كثرت الدراهم، فهو على الحنطة، وإن قلّت، فهو على الخبز، وإن كان فيما بينهما، فهو على الدقيق.

أمر رجلاً ببيع دار فباع نصفها

(رجل أمر رجلاً ببيع دار، أو عبد له، فباع نصفها، جاز، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، حتى يبيع النصف الآخر).

أمر إنسانًا أن يشتري له دار فلان بعينها فاشترى نصفها

(وإنْ أمر إنسانًا أن يشتري له دار فلان بعينها، فاشترىٰ نصفها، لم يَجُز، وإن اشترىٰ شِقْصًا شِقْصًا حتى اشترىٰ الكل، جاز)؛ وهو بناءً على أن عند أبي حنيفة: الوكيل [بالبيع] يملك البيع بالغبن الفاحش، فلما جاز له بيع الكل بهذا القدر من الثمن، فبيع الجزء[1] أولىٰ، أما الوكيل بالشراء، لا يملك

---

(١) في ب، د (البعض).

التصرف على وجه الضرر؛ لاحتمال أنه اشتراه لنفسه، فلمَّا ظهر فيه الغبن، جعله للموكِّل، فإذا كان متَّهمًا، تقيدت الوكالة بما لا ضرر فيه، فلا يملك شراء النصف؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، فإذا اشترىٰ الباقي قبل أن يُردَّ الموكِّل شراء النصف، زال العيب، فجاز؛ ولأن الدار قد تكون لجماعة، فلا يتفق شراؤها جملة، فإذا اشتراها شِقْصًا شِقْصًا، كان شراء البعض عند شراء الباقي وسيلة إلى مقصود الآمر.

وعندهما: الوكيل بالبيع بمنزلة الوكيل بالشراء، لا يملك البيع بغبن فاحش؛ لأن الظاهر من حاله أنَّه لا يطلب الضرر، وإنما يطلب النفع، فلا ينصرف التوكيل إلى الغبن الفاحش، وإذا لم يملك البيع بغبن فاحش، لا [١٦٨/ب] يملك بيع البعض؛ لأن الأشقاص لا تُشترىٰ بما يُشترىٰ الكل، فإن لم ينقض الموكل بيعه حتى باع الباقي، جاز استحسانًا؛ لأنه عسىٰ لا يتفق له بيع الكل، فإذا باع الباقي، صار بيع البعض وسيلة إلى مقصود الآمر.

أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال: قد فعلت ومات، وقال الآمر: اشتريته لنفسك

(رجل أمر رجلاً بشراء عبد بألف، فقال: قد فعلت، ومات عندي، وقال الآمر: اشتريته لنفسك، فالقول: قول الآمر).

وهذه المسألة على وجهين: إما أنْ يوكِّله بشراء عبدٍ بعينه، أو بغير عينه، وكُلّ ذلك على وجهين: إما أنْ كان الثمن منقودًا، أو لم يكن، وكل ذلك على وجهين: إما أن كان العبد قائمًا، أو هالكًا.

فإن كان الثمن منقودًا، فالقول قول الوكيل في جميع الوجوه؛ لأنه يدَّعي خروج نفسه عن عهدة الأمانة، وإن لم يكن [الثَّمن] منقودًا للوكيل، فإن كان العبد هالكًا، كان القول للآمر؛ لأن الوكيل يدَّعي عليه الثمن، وهو ينكر، فكان القول قول الآمر.

وإن كان العبد قائمًا، فإن كان وكيلاً بشراء عبد بعينه، كان القول قول الوكيل؛ لأنه أخبر عما يملك إنشاؤه، وهو غير مُتَّهَمٍ، وإن كان وكيلاً بشراء عبدٍ بغير عينه، فعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد: القول قول الوكيل؛ لأنه أخبر عما يملك الإنشاء في الحال، وعلى قول أبي حنيفة: القول قول الآمر، ولا يقبل قول الوكيل؛ لأنه مُتَّهَمٌ، يحتمل أنه اشتراه لنفسه، فإذا لم يعجبه يجعله للموكل، فيكون مُتَّهَمًا، بخلاف ما إذا كان وكيلاً بشراء عبد بعينه؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه، محجور عن الشراء لنفسه، وبخلاف ما إذا كان الثمن منقودًا؛ لأن الوكيل يدَّعي الخروج عن عهدة [الأمانة، فيقبل] قوله.

لو دفع الدراهم إلى رجل وأمره بأن يسلمها له في طعام، ففعل

ولو دفع الدراهم إلى رجل وأمره بأن يُسْلِمها له في طعام، ففعل، هذه المسألة على وجوه أربعة: إن تصادقا أنه أسلم للآمر، كان السلم للآمر، سواء كان نقد رأس المال من مال نفسه، أو من مال الآمر؛ لأنهما تصادقا أن العقد وقع له، فلا يتغير بعد ذلك.

وكذا لو تصادقا أنه أسلم لنفسه، كان السلم له؛ لأنهما تصادقا على وقوع العقد له، والوكيل بالسلم لا يكون محجورًا عن العقد لنفسه؛ لأنه وكيل بشراء شيء بغير عينه.

وإن قال الوكيل: أسلمت لنفسي، وقال الموكل: أسلمت لي بحكم النقد، وإن نقد من مال نفسه، يكون للوكيل، وإن نقد من مال الآمر، يكون للآمر.

وإن تصادقا أنه لم يحضره النية وقت العقد، قال أبو يوسف: يُحكَّم فيه النقد، كما لو تكاذبا في النية، وقال محمد: السلم يكون للوكيل، ولا يُحكَّم فيه النقد.

وجه قوله: أن الأصل: أن الإنسان يعمل لنفسه، فلا يجعل عاملاً لغيره إلَّا بدليل، وهو إضافة العقد إلى مال الغير، أو النية، فإذا انعدم، بقي عاملاً لنفسه، فلا يتحوَّل إلى غيره بعد ذلك، بخلاف ما إذا تكاذبا في النية؛ لأن نقد رأس المال من مال الموكل، دليلٌ على أنه نواه للآمر؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا ينقد من مال الغير فيما يعقد لنفسه، أما هاهنا تصادقا أنه لم يَنْوِ العقد لغيره، فبقي عاملاً لنفسه.

ولأبي يوسف: أن هذا العقد دائر بين أن يكون للوكيل، وبين أن يكون للموكل، فإذا نقد من مال الآمر، يجعل العقد واقعًا للآمر حملاً لأمره على الصلاح، وصونًا له عن الغصب.

وكَّله بشراء شيء بغير عينه فاشترى وتصادقا أنه لم تحضره النية

وإن وكَّله بشراء شيء بغير عينه، فاشترىٰ وتصادقا أنه لم تَحْضُره النية، لم نذكره في هذا الكتاب، واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: هذا وفصل السلم سواء، ومنهم من قال: لا يُحكَّم النقد هاهنا بالاتفاق.

وفرَّقوا لأبي يوسف بين هذا وبين السلم، والفرق: أن تعجيل رأس المال أمر يتعلق به تمام السلم، فجاز أن يجعل هذا من نفس العقد، فيجوز تحكيمه، ولا كذلك الثمن في باب البيع.

قال لغيره: بعني هذا العبد لفلان! فباعه ثم أنكر الوكالة

(رجل قال لغيره: بِعْنِيْ هذا العبد لفلان! فباعه، ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره بذلك، ثم جاء فلان وقال: أنا أمرته بذلك، كان له أن يأخذ العبد)؛ لأن قوله: بعني لفلان، إقرار منه بأنه وكيل في هذا الشراء، فالإنكار بعد ذلك رجوع عمّا أقر به، فلا يَصِحُّ.

(**وإن قال فلان: [إنِّي] لم آمره بذلك، لم يكن لفلان إلَّا أن يُسلِّمه المشترىٰ له، فيكون بيعًا، وتكون العهدة عليه**)؛ لأن فلانًا لمّا أنكر التوكيل أولاً، فقد رد إقرار المشتري، فيبطل إقراره، وصار ملكًا للمشتري، فإذا سلَّمه له وأخذه، انعقد بينهما [بيع] بالتعاطي، كمن اشترىٰ لغيره بغير أمره، ولم يُضِفْ الشراء إلى الغير، لزم المشتري، فإن طلبه المشترىٰ له وأخذه، كان بيعًا بالتعاطي، كذلك هاهنا. [١٧٠/أ]

وثبت بهذا أن البيع بالتعاطي كما ينعقد بالأخذ والإعطاء، ينعقد بالتسليم على وجه البيع والتمليك قبل إعطاء الثمن، وفيه دليل على أن بيع التعاطي كما ينعقد في الأشياء الخسيسة، ينعقد في الأشياء النفيسة، وإذا انعقد البيع بالتعاطي، فعهدة الأخذ تكون على المشتري.

وكّل ببيع عبده فباعه وسلّمه ووجد المشتري به عيبًا وهذه على وجوه:

(**رجل أمر رجلاً ببيع عبده، فباعه وسلَّمه وقبض الثمن، أو لم يقبض، حتى وجد المشتري به عيبًا، فإنه يَرُدُّه على الوكيل بالحُجَّة**)؛ لأن الرَّدَّ بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، وإذا ردّه عليه، هل يكون ذلك ردًّا على الموكل؟

هذه المسألة على وجوه: إما أن رده عليه بالبَيِّنَة، أو بالنُّكول، أو بالإقرار، (**فإن كان بالبَيِّنَة، فهو ردٌّ على الموكل**)، ولا يحتاج الوكيل إلى رَدٍّ وخصومة، سواء كان عيبًا يحدُث مثله أولا يحدُث مثله في مدة شهر أو أكثر، لكن القاضي لم يعرف تاريخ البيع؛ لأن البينة حجة مطلقة، فيظهر قضاءُ القاضي وفسخُه في حق الكل، وصار كأن البيع لم يكن.

(**وكذا إذا رَدَّ عليه بنكوله**)؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يعلم بعيوب ملك الغير، فكان في النكول مضطرًا، وهذا الاضطرار جاء لمعنىٰ من جهة الآمر، فكان الرد عليه ردًا على الموكل.

(وإن رد عليه بإقراره بقضاء القاضي، لا يكون ردًا على الموكل)؛ لأن إقراره لا يكون حجة عليه، لكن له أن يخاصم الموكل فيرد على الموكل بالبينة، أو بنكوله؛ لأن القاضي رده عليه بغير رضاه، فتعذر جعله بيعًا، فكان فسخًا، إلَّا أن هذا فسخ بدليل قاصر؛ فلقصور الحجة، لا يكون الرد عليه ردًا على الآمر، ومن حيث إنه فسخ، كان له أن يخاصم الموكل.

(وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء، لا يكون ردًا على الموكل)؛ لِمَا قلنا، وليس له أن يخاصم الموكل؛ لأن هذا رَدٌّ حصل بالتراضي، فكان بيعًا.

ولو اشتراه من المشتري، ثم وجد به عيبًا، ليس له أن يخاصم الموكل؛ لأن هذا ملك حادث غير ذلك الملك، فكذلك هاهنا، هذا إذا كان عيبًا يحدُث مثله.

فإن كان عيبًا لا يحدُث مثله، فرد عليه بإقرار بقضاء قاضٍ، يكون ردًا على الموكل باتفاق الروايات؛ لأن القاضي فَسَخَ البيع بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع، لا بإقرار الوكيل، فيلزم الآمر، كما لو رده بالبينة.

وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء، ذكر في عامة الروايات: أنه لا يلزم الآمر، وليس للوكيل أن يخاصمه في ذلك، وذكر في البيوع: أنه يكون ردًا على الموكل؛ لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفعا الأمر إليه، فإنما لو رفعا الأمر إلى القاضي في عيب لا يحدُث أصلاً، أو لا يحدُث في تلك المدة، فإن القاضي يرده عليه، ولا يكلِّفُه إقامة البينة على ذلك، ويكون ردًا على الموكل، كذلك هاهنا.

وجه عامة الروايات: أن الرد بغير قضاء القاضي، بمنزلة البيع المبتدأ، ولو اشتراه منه حقيقةً، لا يَرُدُّه، وقوله: «بأنهما فَعَلا عين ما يفعله القاضي»، قلنا: هذا الرد حصل تمليكًا وتملكًا بالتراضي، وليس باستيفاءٍ لعين الحق؛ لأن حق المشتري في الجزء الفائت، لا في الرد، فكان بيعًا ما أمكن، وإنما يجعل فسخًا إذا تعذر جعله بيعًا، وفيما إذا كان بقضاء تعذر جعله بيعًا؛ لانعدام الرضا.

قال لعبد الغير: اشتر لي نفسك من مولاك! فقال لمولاه: بعني نفسي لفلان

(رجل قال لعبد الغير: **اشتر لي نفسك من مولاك! فقال العبد: نعم، فقال العبد لمولاه: بِعْنِي نفسي لفلان بكذا! فهو للآمر، ولو قال العبد: بِعْنِي نفسي، ولم يَقُل لفلان، فباع، فهو حر**).

أما توكيل العبد بشراء نفسه، صحيح؛ لأنه أجنبي عن مالية نفسه، فَصَحَّ هذا التوكيل، كما لو [وكَّل][1] أجنبيًا، إلَّا أن بينه وبين الأجانب فرقًا: وهو أنه لو وكل أجنبيًا فاشترىٰ الوكيل، فإن الشراء يكون للآمر، وإن لم يضف العقد إلى الآمر، وفي حق العبد لا بد من الإضافة إلى الآمر؛ لوقوع العقد للآمر.

وجه الفرق بينهما: أنه وكله بالشراء، وتصرف الأجنبي يكون شراء، سواء كان مشتريًا لنفسه أو للآمر، فإذا وقع شراء، وقع امتثالاً، أما بيع العبد من نفسه إعتاقٌ، ومن الأجنبي بيعٌ، فعند الإطلاق، يحتمل أن يكون بيعًا، ويحتمل أن يكون إعتاقًا، فلا يكون امتثالاً بالشك، فشرطنا الإضافة إلى الموكل؛ ليكون امتثالاً.

وكَّل رجلاً بقبض دين له، فأقام الوكيل بينته على المديون

(**رجل وكَّل رجلاً بقبض** [**مال**)، أراد به: بقبض] دين له على رجل، (**فأقام الوكيل بينته على المديون، فادَّعىٰ الغريم أن صاحب المال قد استوفىٰ دينه، فإنه**

---

(١) في أ (لو)، والمثبت من ب، د.

يدفع المال إلى الوكيل، ويَتْبَع ربَّ المال، فيستحلفه)؛ لأن الوكيل أثبت لنفسه [١٦٩/ب] حق القبض، والغريم بدعواه الإيفاء، يريد إبطال حقه، فلا يُصدَّق إلَّا بحجة، وأمكن الجمع بين الحقين، فيُؤمَر بدفع المال إلى الوكيل، ثم يَتْبع الموكِّل.

اشترى جارية فطعن بعيب ووكل بالرد، وغاب

(ولو اشترىٰ جارية، [فطعن] بعيب، ووكل وكيلاً بالرد، وغاب، فقال البائع: إن المشتري قد رضي بهذا العيب، قال: لا أَرُدُّه حتى يحضر المشتري، فيحلف أنه لم يَرْضَ).

فرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأُوْلىٰ، والفرق: أن في المسألتين حق الوكيل يثبت من حيث الظاهر، لكن احتمال الصدق في كلام المدعىٰ عليه ثابت، (ولو ظهر صدق الغريم)[1] في المسألة الأولىٰ، يمكن التدارك بأخذ المال من الموكل، أما في مسألة الرد بالعيب، لو ظهر صدق الغريم بعد الرد، لا يمكنه التدارك؛ لأن قضاء القاضي في العقود ينفذ ظاهرًا وباطنًا، وإن ظهر بطلان الحجة، فلا يمكن إعادة [البيع][2]، ألا ترىٰ أن عند محمد إذا لم ينفذ قضاء القاضي باطنًا في العقود والفسوخ، كانت المسألة الثانية والمسألة الأولىٰ سواء.

وعند أبي يوسف: لو كان المشتري حاضرًا، وأراد أن يَرُدَّ بالعيب، لا يَرُدُّه القاضي ما لم يستحلف المشتري: بالله ما رضيت بهذا العيب، وإن كان البائع لم يَدَّعِ، فإذا كان المشتري غائبًا، ومن مذهبه أنه لا يَرُدُّ إلَّا بعد اليمين، لا يرد حتى يحضر المشتري ويحلف، صيانةً للقضاء عن البطلان. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في د فقط (ولو ثبت صدق المدعىٰ عليه).

(٢) في أ (البينة)، والمثبت من ب، د.

بَابُ الحُقُوقِ

شراء منزل فوقه منزل فهذه ثلاث مسائل:

(رجل اشترىٰ منزلاً فوقه منزل، فليس له الأعلى، إلَّا أن يشتريه بكل حق له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه).

فهذه ثلاث مسائل: الدار، والبيت، والمنزل، إن اشترىٰ دارًا يدخل فيه العُلُوُّ وإن لم يذكر الحقوق والمَرافق، **(وإن اشترىٰ بيتًا، لا يدخل فيه العُلُوُّ وإن ذكر الحقوق والمَرافق)**، أو قال: بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه، وإن اشترىٰ منزلاً، إن قال: بحقوقه، أو بمرافقه، أو قال: بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه، يدخل فيه العلو، وإلَّا فلا.

أما الدار؛ لأن الدار: اسم لما أدير عليه الحائط، والحائط أدير على العُلُوِّ، فيدخل فيه العُلُوُّ.

وأمَّا البيت: اسم لمسقَّفٍ واحدٍ يُبات فيه، والعُلُوُّ في ذلك بمنزلة السفل، والشيء لا يستتبع مثله.

والمنزل: اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً أو نهارًا، والعُلُوُّ وإن كان محلاً للنزول فيه، فهو دون السفل في احتمال السكنىٰ؛ لأن السفل يحتمل السكنىٰ بنفسه ودوابِّه، والعلو لا يحتمل، فالعلو لا يحتمل الدَّواب، فكان أصلاً من وجه، [تبعًا][1] من وجه، فإن ذكر الحقوق والمَرافق، يدخل، وإلَّا فلا؛ ليكون منزلته دون منزلة الدار، وفوق منزلة البيت.

---

(١) في أ (فرعًا)، والمثبت من ب، د.

وقيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا: العُلُوُّ يدخل في البيع في المسائل الثلاثة؛ لأنَّ الكل يسمّىٰ: خانة.

والمربط، والمطبخ، يدخل في بيع الدار وإن لم يذكر الحقوق والمرافق وقت البيع، وفي [بيع] المنزل لا يدخل على كل حال؛ لأن الحقوق: عبارة عمّا يقصد لغيره، لا لعينه، وهذه الأشياء مقصودة بنفسها، فلا تُعَدُّ من الحقوق والمرافق.

اشترى داراً بحدودها

(وإن اشترىٰ دارًا بحدودها[1]، يدخل فيه الكنيف الشارع، ولا يدخل فيه الظُّلَّة في قول أبي حنيفة): وهي الساباط التي تكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على الدار الأخرىٰ[2]، أو على الأسطوانات في السكة ومفتحها في الدار، **(ما لم يقل: بكل حق هو لها، أو قال: بمَرافقها، أو بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها، وقال أبو يوسف ومحمد: يدخل وإن لم يذكر الحقوق والمَرافق)**.

لهما: أنَّ الظُّلَّة من توابع الدار؛ لأن قرارها بالدار، فيدخل على كل حال كالكنيف الشارع.

ولأبي حنيفة: أن الظُّلَّة من حيث إن قرار أحد طرفيها على الدار، كانت تبعًا، ومن حيث إن قرار الطرف الآخر على الدار الأخرىٰ، أو على الأسطوانات، لا يكون تبعًا للدار المبيعة، فكانت تبعًا من وجه دون وجه، فإن ذكر الحقوق والمَرافق، أو قال: بكل حق هو له، أو بكل قليل أو كثير هو منها، أو فيها، تدخل؛ لأنها من الدار.

---

(١) في ب (بحقوقها، أو حدودها)، والمثبت كما في الجامع.

(٢) «والسَّاباط: سقيفة بين حائطين، تحتها ممرّ نافذ، والجمع: سوابيط، وساباطات»، كما في الوسيط (سبط).

ما يدخل في الدار المعيبة

وإذا كانت طريق الدار المبيعة، أو مسيل مائها في دار أخرىٰ، لا يدخل من غير ذكر الحقوق؛ لأنه ليس من الدار المبيعة؛ لكونها من حقوق هذه الدار، فلا يدخل إلَّا بذكر الحقوق.

فإن ذكر الحقوق فقال البائع: ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرىٰ، فإن المشتري لا يستحق الطريق من غير حجة، لكن له أن يَرُدَّها بالعيب، وكذا لو [١٧١/أ] كانت جذوع دار أخرىٰ على الدار المبيعة، فإن كانت الجذوع للبائع، يؤمر البائع بالدفع، وإن كانت لغيره، كان عيبًا، وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق أو مسيل ماء لدار أخرىٰ، فإن كانت تلك الدار للبائع، لم يكن للبائع أن يَمُرَّ في الدار المبيعة؛ لأنه باعها من غير استثناء، وإن كانت [تلك الدَّار] لغير البائع، كان عيبًا.

ما يستحق من الحقوق بشراء بيت في الدار

(**وإن اشترىٰ بيتًا في دارٍ، أو منزلاً، أو مسكنًا، لم يستحق الطريق إلَّا أن يشتريه بكل حقوقه، أو بمَرافقه، أو بكل قليل وكثير**)؛ لأن الطريق خارج عن المحدود، إلَّا أنه من توابع المحدود، فلا يدخل إلَّا بذكر التوابع.

فرق بين البيع وبين الإجارة إذا استأجر دارًا، يدخل فيها الطريق، والمسيل، والشِّرْب في الأرض، وإن لم يذكر الحقوق والمَرافق؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة؛ ولهذا [لا] يصح فيما لا ينتفع به في الحال، كالأرض السَّبِخَة، والمُهر الصغير، ونحو ذلك، والانتفاع بالدار بدون الطريق، لا يكون، فمسَّتِ الضرورة إلى إدخالها في الإجارة، أما البيع: تمليك العين، لا تمليك المنفعة؛ ولهذا يجوز [بيع] ما لا ينتفع به في الحال، كالأرض السَّبِخَة ونحوها، فلما جاز البيع بدونها، لا يدخل إلَّا بالذكر.

بَابُ
الاسْتِحْقَاقِ

اشترى جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل

(**رجل اشترىٰ جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، فإذا أقر بها الرجل، لم يأخذ ولدها**)؛ لأن البينة حجة مطلقة، كاسمها مبيّنة، فيظهر ملك الجارية من الأصل، فيكون الولد متفرعًا عن جارية مملوكة له؛ ولهذا يرجع البَاعَةُ بعضُهم على بعض.

أمَّا الإقرار حجة قاصرة؛ لانعدام الولاية على الغير، فيثبت الملك مقصورًا على الحال؛ ولهذا لا يرجع الباعةُ بعضُهم على بعض، وهو إقرارٌ بالجارية، فلم يُجعَل إقرارًا بالولد.

وأمَّا إذا كان الاستحقاق بالبينة، هل يكون القضاء بالجارية قضاءً بالولد، أو يشترط القضاء بالولد؟ اختلفوا فيه: قال بعضهم: لا يشترط، فيكون القضاء بالجارية قضاءً بالولد؛ لأنه لمّا ظهر ملك الجارية من الأصل، يظهر في الأولاد، وقال بعضهم: يشترط القضاء بالولد، وذكر محمد رحمه الله تعالىٰ ما يدل على ذلك، فإنه قال: لو لم يعلم القاضي بالولد، أو كان الولد في يد رجل آخر غائب، فالقضاء بالأم لا يكون قضاءً بالولد.

اشترى غلاماً فشهد رجل وختم

(**رجل اشترىٰ غلامًا، فشهد رجل على ذلك، وختم، أي: كتب على الصّكِّ، فليس ذلك بتسليم، وهو على دعواه**)، وكذا لو شهد لغيره، تقبل شهادته؛ لأنه شهد على البيع صورةً، لا معنًى، فإن بيع مال الغير بغير إذنه، بيعٌ صورةً، والشهادة على البيع صورةً لا تكون شهادة على صحته ونفاذه، فلم تكن كتابة الشهادة على الصك منه إقرارًا، يكون الغلام ملكًا للبائع، فإذا ادعاه بعد ذلك لنفسه، أو شهد به لغيره، جازت شهادته، وسمع دعواه.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: هذا إذا لم يكن في الصّكِّ ما يدُلُّ على صحته ونفاذه، أما إذا كتب فيه ما يدل على صحته ونفاذه، بأن كتب فيه: باعه وهو يملكه، أو باعه بيعًا باتًّا، فكتب شهادته عليه، لا تُسمَع دعواه، ولا شهادته لغيره، كما لو شهد لغيره بين يدي القاضي، ولم [يقض] بشهادته، ثم ادعاه لنفسه، أو شهد لغيره، لا تقبل شهادته، إلَّا أن تكتب شهادته في الصك على إقرار العاقدين بذلك، فلا تبطل دعواه وخصومته.

اشترى عبدًا فإذا هو حر، فيما قال العبد: اشترني فإني عبد

(**رجل اشترىٰ عبدًا، فإذا هو حر، وقد قال العبد للمشتري: اشترني، فإني عبد، فإن كان البائع حاضرًا، أو غائبًا عنه غيبةً معروفةً، لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع غائبًا لا يُدرىٰ مكانه، رجع المشتري على العبد، ثم يرجع العبد بذلك على البائع**).

وعن أبي يوسف: أنه لا يرجع على العبد على كل حال؛ لأن الرجوع عليه إما أن يكون بحكم العقد، أو بحكم الكفالة، وشيء من ذلك لم يوجد.

وجه ظاهر الرواية: أن المشتري لمّا أقدم على الشراء معتمدًا على كلام العبد، فصار بمنزلة المغرور من جهته، والغَرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض، يُجعَل سببًا للضمان؛ دفعًا للغَرور بقدر الإمكان، فإذا ظهرت حرية العبد، وأهلية الضمان، وتعذُّرُ الاستيفاء من جهة البائع، يُؤاخَذ بذلك، كالمولىٰ إذا قال لأهل السوق: هذا عبدي قد أذنت له في التجارة، فَبَايِعُوْه، ولَحِقَه دَينٌ، ثم ظهر أنه كان حرًّا، رجعوا عليه بديونهم بحكم الغَرور، [١٧٠/ب] وكذلك هاهنا.

ولا يلزم على هذا ما لو قال العبد لغيره: ارتهني من هذا، فإني عبده، فارتهن، ثم تبين أنه كان حرًّا، لا يرجع المرتهن على العبد؛ لأن الرهن لا يقتضي سلامة العوض؛ لأنه ليس معاوضة، فلا يجعل ضمانًا، وإنما جعلناه ضامنًا في كل عقد يقتضي السلامة.

وقول محمد في «الكتاب»: «فإذا العبد حر»: [محتمل]: يحتمل حرية الأصل، ويحتمل الحرية بعَتاقٍ عارضٍ، فإن أراد به حرية الأصل، فلقبول بينة العبد وجهان: أحدهما ما قال عامة المشايخ: إنَّ الشهادة [القائمة] على حرية الأصل تقبل من غير دعوىٰ العبد عندهم جميعًا؛ لأنها قائمة على حرية الأم وحرمة الفرج، إنما الخلاف في الشهادة القائمة على حرية العبد بعَتاقٍ عارضٍ، عند أبي حنيفة: لا تقبل من غير دعوىٰ العبد، وعندهما: تقبل.

والوجه الثاني: ما قاله بعض المشايخ: إنَّ الدعوىٰ وإن كان شرطًا أيضًا في حرية الأصل عند أبي حنيفة، إلَّا أن التناقض في دعوىٰ الحرية لا يمنع الدعوىٰ؛ لما نذكر، وإن أراد به العتق المبتدأ، فلقبول بينة العبد وجه واحد: وهو أن التناقض في دعوىٰ العتق لا يمنع الدعوىٰ؛ لأنه أمر لا يحتمل النقض بعد الوقوع، ويجري فيه الخفاء، والتناقض في مثله لا يمنع الدعوىٰ.



اِدَّعىٰ حقًا في دار فصالحه الذي في يده الدار على مئة درهم ثم استحقت

(رجل ادَّعىٰ حقًّا في دار، فصالحه الذي في يده الدار على مئة درهم، ثم استحقت الدار إِلَّا ذراعًا منها، لم يرجع المدعىٰ عليه على المدعي بشيء) من بدل الصلح.

(ولو كان المدعي ادَّعىٰ كل الدار، فصالحه المدعىٰ عليه على شيء، والمسألة بحالها، رجع المدعىٰ عليه على المدعي بحسابه منها).

والفرق: أن في المسألة الأولىٰ: [المُدَّعي] ادَّعىٰ حقًّا مجهولاً، والصلح من المجهول على المعلوم جائز، وإذا استحق بعض الدار، كان من حجة المدعي أن يقول: كان حقي من الدار ما بقي في يدك، فلا يرجع بشيء، أما إذا ادَّعىٰ كل الدار، فإنما أخذ المئة بدلاً عن كل الدار، وأجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدَّل، فإذا استحق البعض، يرجع بحصة المستحق من بدل الصلح.

باع عبدًا قد وُلِدَ عنده فباعه الثاني ثم الأول ادعى أنه ابنه

(رجل باع عبدًا قد وُلِدَ عنده، فباعه الثاني من غيره، ثم إن البائع الأول ادَّعىٰ أنه ابنه، قال: هو ابنه، ويبطل البيع الأول والثاني)، والقياس: أن لا تصح دعواه؛ لأن الإقدام على البيع إقرار منه بأنه مملوك، فإذا ادَّعىٰ أنه ابنه، كان مناقضًا، فلا تُسمَع دعواه.

وجه الاستحسان: أنه ادَّعىٰ أمرًا يُصَدِّقُهُ الظَّاهر؛ لأنَّ وِلادة الجارية في ملكه دليلٌ ظاهرٌ على كون الولد منه؛ إذ الظاهر من حالها عدم الزِّنا، فإذا ادَّعىٰ أمرًا يُصدِّقه الظَّاهر، يقبل قوله، وكونه مناقضًا في كلامه، لا يمنعه من الدعوىٰ؛ لأنَّ النَّسب أمر خفي لا يحتمل القطع والنقض، والتناقض في مثله لا يمنع، كالمرأة إذا اختلعت من زوجها، ثم أقامت البينة أنه كان طلقها ثلاثًا قبل الخلع، قبلت بَيِّنَتُهَا؛ لِمَا ذكرنا من المعنىٰ، وإذا سمع دعواه، ظهر أنه باع الحر، فيبطل البيعان.

بَابُ
بَيْعِ عَبْدِ الغَيْرِ

غصب عبدًا فباعه فأعتقه المشتري وأجاز المولى البيع

(رجل غَصَبَ عبدًا، فباعه من رجل، فأعتقه المشتري، ثم أجاز المولىٰ بيع الغاصب، جاز عتقه، وهو قول أبي يوسف، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول محمد) وزفر.

(ولو قُطِعت يده عند المشتري، وأخذ المشتري أرشها، ثم أجاز المولىٰ بيع الغاصب، كان الأرش للمشتري، ويتصدَّق بما زاد على نصف الثمن.

ولو أن المشتري لم يُعتِق العبد، ولكن باعه من رجل، ثم أجاز المولىٰ بيع الغاصب، لم يجز البيع الثاني بالاتفاق).

وحاصل الخلاف: راجع إلى أن عند محمد: بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم؛ لانعدام الولاية، فكان الإعتاق حاصلاً في ملك الغير، فيبطل، كما لو باعه المشتري الأول.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: بيع الفضولي أوجب الملك على وجه التوقف؛ لأن الأصل في البيع المنعقد: تعجيل الحكم، والتراخي إلى وقت الإجازة [إنَّما كان] لدفع الضرر عن المالك، والضرر في النَّفاذ [لا] في ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الضارَّة، فإعتاق المشتري صادف ملكًا موقوفًا، فيتوقف، وإنما لا ينعقد البيع

الثاني؛ لأن المولىٰ إذا أجاز البيع الأول، يثبت الملك للمشتري الأول على وجه البتات، وطَرَيان الملك الباتّ، يبطل الملك الموقوف، وهذا لا يوجد في الإعتاق، فنفذ إعتاق المشتري، ويكون الولاء له، كالراهن إذا باع المرهون وأعتقه المشتري، ثم أجاز المرتهن، ينفذ إعتاق المشتري. [١٧٢/أ]

وهذا بخلاف (**ما إذا مات العبد أو قُتِل قبل الإجازة، ثم أجاز المولىٰ، حيث لا تَصِحُّ إجازته**)؛ لأن شرط صحة الإجازة بقاء العقد، وبعد الموت لا يتصوَّر بقاؤه؛ لفوات المحل، بخلاف القطع، فإنه لا يبطل العقد، فتصح الإجازة، وإذا صحّت الإجازة، كان القطع حاصلاً في ملك المشتري، فيكون الأرش له.

وهذا بخلاف ما إذا غصب من آخر عبدًا وقُطِعت يده، فأدىٰ الغاصب ضمانه، حيث لا يكون الأرش للغاصب وإن ملك المضمون عند أداء الضمان من وقت الغصب؛ لأن الغصب لم يُوضَع شيئًا للملك، وإنما يثبت [الملك] في المضمون مستندًا لمكان الضرورة على ما عُرِف، والاستناد لا يظهر في المنفصل، أما البيع سببٌ موضوعٌ للملك، فجاز أنْ يعمل في المنفصل والمتصل، ويتصدَّق المشتري بما زاد على نصف الثمن؛ لمكان شبهة [عدم الملك].

وإن كان المشتري أعتق العبد، فقُطِعت يده، ثم أجاز المولىٰ بيع الغاصب، كان الأرش للعبد؛ لأن الحرية استندت إلى وقت العتق، فكان القطع حاصلاً بعد الحرية؛ أو لأن هذا العبد بمنزلة المكاتب؛ لأنه متردَّدٌ بين الرق والحرية، فكان الأرش له.

باع عبد رجل بغير أمره فأقام المشتري البينة على إقرار البائع على تصرفه

(رجل باع عبد رجل بغير أمره، فأقام المشتري البينة على إقرار البائع أنه باع بغير أمر المالك، فأراد رَدَّ البيع، لم تقبل بَيِّنَته)؛ لأنه مناقض في هذه الدعوىٰ؛ لأن الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته، والتناقض يمنع الدعوىٰ، والشهادة **(وإنْ أَقَرَّ البائع بذلك عند القاضي، أبطل البيع إذا طلب المشتري ذلك)**؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، فإن من أنكر شيئًا ثم أقر، يصح إقراره، إلَّا أن الإقرار حجة في حق المُقِرِّ خاصةً، فإذا وافقه المشتري نفذ إقراره.

وذكر بعد هذا **(مسألة غصب المدبَّر، وجعله مضمونًا على الغاصب، ولم يجعل أم الولد مضمونةً على الغاصب عند أبي حنيفة، وهي مضمونة عندهما)**، وذكر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة، وذكر بعد هذا باباً في مسائل الشفعة بذكرها في كتاب الشفعة من هذا الكتاب.

❊ ❊ ❊

بَابٌ
فِي العَبْدِ المَأْذُوْنِ يَبِيْعُهُ المَوْلَى أَو يُعْتِقُهُ

عبد مأذون عليه دين محيط، باعه المولى وقبضه المشتري وغيَّبه

(عبد مأذون له عليه دين يحيط برقبته، باعه المولىٰ وقبضه المشتري وغَيَّبَه، فالغرماء بالخيار: إن شاؤوا ضمَّنوا البائع قيمته، وإن شاؤوا المشتري قيمته)؛ لأن حق الغرماء كان متعلقًا برقبة العبد يُباع بدينهم إذا لم يَقْضِ المولىٰ ديونهم، أو يكسب فيقضي ديونهم من كسبه، وبعد البيع لا يمكنهم ذلك.

فإذا باعه المولىٰ، وسلَّمه، صار المولىٰ جانيًا عليهم بالبيع والتسليم، والمشتري بالقبض والتغييب، فكان لهم الخيار: إن شاؤوا ضمَّنوا البائع، وإن شاؤوا ضمّنوا المشتري، **(وإن شاؤوا أجازوا البيع، وأخذوا ثمنه)**؛ لأن لهم حق استيفاء الدين من الثمن، فكان لهم حق الإجازة، وقبل الإجازة البيع فاسد، وليس بموقوف، نصّ عليه في المأذون؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فلا يجوز، كبيع الآبق، والجذع في السقف.

(فإن ضمّنوا البائع قيمة العبد، ثم وجد المشتري به عيبًا، ورده عليه، كان للبائع أن يدفع العبد إلى الغرماء ويسترد القيمة)؛ لأن سبب الضمان كان هو البيع، فإذا انفسخ البيع، ارتفع سبب الضمان، فيبطل الضمان، كالغاصب إذا باع المغصوب وضمن القيمة، ثم رَدَّهُ عليه بعيب، كان له أن يرده على المالك، ويسترد منه القيمة، كذلك هاهنا.

عبد مأذون قيمته ألف وعليه ألف دين اشترى عبدًا بألف

(عبد مأذون له قيمته ألف درهم، وعليه ألف درهم دينٌ، اشترىٰ عبدًا قيمته ألف درهم، وأعتق المولىٰ العبد المشترىٰ، جاز إعتاقه، وإن كان الدين مثل قيمتهما، لم يَجُزْ عتقه، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في الوجهين إعتاقه).

أصل المسألة: أن المولىٰ لا يملك كسب عبده المأذون المديون إذا كان ما عليه من الدين مستغرقًا لرقبة المأذون والكسب جميعًا في قول أبي حنيفة، وعندهما: يملك، فإن لم يكن الدين مستغرقًا لرقبة المأذون والكسب، كان أبو حنيفة يقول أولاً: بأنه لا يملك أكسابه وإن قلَّ الدَّين، ثم رجع وقال: أنه يملك.

لهما: أن الكاسب بعد لحوق الدين، باقٍ على ملك المولى، حتى لو أعتقه المولىٰ، ينفذ إعتاقه، ولو كانت جاريةً، حلَّ للمولىٰ وطؤها، وملك الكاسب علّة لملك الكسب، وإذا بقيت العلة، بقي المعلول، فينفذ إعتاقه، ويضمن قيمته، كالراهن إذا أعتق المرهون.

ولأبي حنيفة: أن العبد آدمي مكلَّفٌ، فيكون أهلاً للملك، إلَّا أن الشرع سلب أهليته، وجعل أكسابه للمولىٰ، إما لحاجة المولىٰ، واستغناء العبد، أو ترجيحًا لحاجة [١٧١/ب] المولىٰ على حاجة العبد، فإذا أذن له المولىٰ بالتجارة مع علمه أن الناس لا يبايعونه إذا لم يكن متمكنًا من أداء ديونه من كسبه، فقد أزال حق نفسه، وجعله أحق[١] بمكاسبه، فما لم يفضُل كسبه عن ديونه، لا يملكه المولىٰ، وإذا لم يملكه، لا ينفذ إعتاقه.

وكان ينبغي أن يكون الدين القليل مانعًا، إلَّا أن المأذون لا يخلو عن الدين القليل، فسقط اعتبار ذلك كما قلنا في دين الميت: أن قليله لا يمنع وقوع الملك للوارث، وكثيره يمنع، فحالُ المولىٰ مع العبد بمنزلة حال الوارث مع المورث.

---

(١) في د (أخصّ).

بَابُ
مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف،على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف من الثمن

(رجل قال لغيره: بِعْ عبدك من فلان بألف درهم، على أني ضامن لك خمسمائة درهم من الثمن سوىٰ الألف، فباعه، جاز، ويأخذ المولىٰ الألف من المشتري، والخمسمائة من الضامن، وإن قال: على أني ضامن لك خمسمائة درهم سوىٰ الألف، ولم يقُلْ من الثمن، فباع، جاز بيعه بالألف، ولا شيء على الضامن).

وقال [زفر و]الشافعي في الفصل الأول: يجوز البيع بألف درهم، ولا شيء على الضامن؛ لأن شرط وجوب الثمن على الأجنبي لا يَصِحُّ، وما لا يفيد من الشروط، لا يعتبر، فصار كأنه لم يذكر: «من الثمن»، وكما لو باع شيئًا على أن يُقرِضه فلان الأجنبي ألف درهم، لا يَصِحُّ، ولا يفسد العقد.

لنا: أنه قد التزم الخمسمائة ثمنًا، وأمكن تصحيحه بطريق الزيادة في الثمن، فإن الزيادة في الثمن من الأجنبي جائزة؛ لأن الزيادة في الثمن مال يقابلها المثمن صورةً لا معنًى، إذ المشتري لا يستفيد بالزيادة ملكًا لم يكن، فالتزام هذا المال من الأجنبي جائز، كالتزام بدل الخلع.

أما إذا لم يقُلْ: «من الثمن»، لا يمكن إيجابه بطريق الزيادة، فبقي التزام المال بطريق الرشوة ليبيع عبده من الغير، والرشوة حرامٌ.

اشترى جارية بألف درهم وقبضها، ثم أقال البائع بخمسمائة

(رجل اشترىٰ جارية بألف درهم، وقبضها، ثم أقال البائع بخمسمائة، أو بألف وخمسمائة، فالإقالة بالثمن الأول، وإن كان حدث في الجارية عيب، ثم تقايلا بأقل من الثمن الأول، فالإقالة[1] بما سمَّيا).

[وأصل هذا]: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين [بمثل الثمن] قبل القبض وبعده، وتبطل الزيادة والنقصان، واشتراط بدل آخر، فإن تعذر جعلها فسخًا لزيادة المبيع ونحوه، تبطل.

وعند أبي يوسف: الإقالة بيع مبتدأ على كل حال، سواء وقعت الإقالة بمثل الثمن، أو بأكثر منه، أو بأقل، أو بنوع آخر، فإن تعذر جعلها بيعًا، كما في المنقول قبل القبض، يجعل فسخًا، وهكذا روىٰ الحسن عن أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف في رواية: في المنقول قبل القبض: تعتبر الإقالة بيعًا فاسدًا، كما لو تلفظا بلفظة البيع.

وقال محمد: إن تقايلا بمثل الثمن الأول، أو بأقل منه، فالجواب كما قال أبو حنيفة، وإن تقايلا بأكثر من الثمن الأول، أو بخلاف جنس الأول، فالجواب كما قال أبو يوسف، إلَّا أن عنده: العقار قبل القبض بمنزلة المنقول.

وقال زفر: الإقالة فسخ في حق الكل، حتى لا يتعلق بها الشفعة.

لأبي يوسف: أن البيع مبادلة المال بالمال عن تراضٍ، وقد أثبتا ذلك، إلَّا أنهما تلفظا بلفظة الإقالة، والعبرة للمعنىٰ دون اللفظ، ألا ترىٰ أن الكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل: كفالة، فكانت الإقالة بيعًا.

---

(١) في ب، د (فالإقالة بالثمن الأول).

وإنما لا يعتبر تسمية الثمن في الإقالة؛ لأن الثمن معلوم، فلا يشترط تسمية الثمن، كالبيع توليةً، وأخذ الدار بالشفعة، وإنما [لا يعتبر][1] بيعًا في المنقول قبل القبض في رواية؛ لأنا لو جعلناه بيعًا، لا يصح، ولو جعلناه فسخًا، يصح، فيجعل فسخًا تصحيحًا للتصرف.

ومحمد يقول: الإقالة: رفعٌ في اللغة، يقال في الدعاء: اللهم أَقِلْني عَثَراتي، أي: ارفعها، فيجعل رفعًا ما أمكن، وفيما إذا سمَىٰ أكثر من الثمن الأول، أو جنسًا آخر، تعذر جعلها فسخًا؛ لأن الفسخ يكون بالثمن الأول، فيجعل بيعًا؛ صيانةً لكلامه عن الإلغاء، أما في الأول: أمكن جعله فسخًا؛ لأنه لو سكت عن جميع الثمن، صحَّتِ الإقالة، فكذا إذا سكت عن البعض، وكذا إذا تقايلا بثمن مؤجَّل، تصح الإقالة، ويبطل الأجل.

ولأبي حنيفة: أن الإقالة رفعٌ في اللغة، والرفع لا يحتمل الابتداء، فإذا تعذَّر جعلها رفعًا، تبطل.

[١٧٣/أ] إذا عرفنا هذا، نقول: في مسألتنا لا تصح الزيادة والنقصان، وتكون فسخًا بالثمن الأول، إلَّا إذا حدث بالمبيع عيبٌ، فيُجعَل فسخًا، ويُجعَل النقصان بمقابلة الجزء المحتبس عند المشتري.

وقبول الإقالة يقتصر على المجلس؛ لأنها لا تصح من غير قبول، والقيام عن المجلس دليل الإعراض والردِّ، وتصح الإقالة بلفظ الأمر من أحد الجانبين؛ لأنها لا تكون إلَّا بعد تأمُّلٍ ونظرٍ، فتكون بمنزلة النكاح، وعند محمد: لا تصح إلَّا بلفظين يُعبَّر بهما عن الماضي، كالبيع.

ولا تَصِحُّ بعد هلاك المبيع؛ لأنها رفع العقد، فيستدعي بقاء العقد، والعقد لا يبقىٰ بعد هلاك المعقود عليه.

---

(١) في أ (يصير)، والمثبت من ب، د.

ولو أسلم جاريةً في كُرٍّ حنطة، فهلكت الجارية عند المسلم إليه، ثم تقايلا السلم، صحّت الإقالة؛ لأن المعقود عليه في فصل السلم: هو المسلم فيه، والمسلم فيه قائم، فتصح الإقالة، وتُرَدُّ قيمة الجارية.

وهكذا لو تبايعا [عبدًا بجاريةٍ] وتقابضا، ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما، صحت الإقالة؛ لأن العقد يبقىٰ ببقاء أحدهما، وإذا صحَّت الإقالة ووجب رَدّ الهالك، تجب عليه قيمته.

رجل في يده دار، أقام البينة بالشراء من فلان بألف نقدًا، وفلان أقام البينة نحوه

(رجل في يده دار، أقام البينة أنه اشتراها من فلان بألف ونقده الثمن، وأقام فلان البينة أنه اشتراها منه بألف درهم ونقده الثمن، فهي للذي في يديه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هي للمدعي، والألف بالألف قِصاصٌ).

لمحمد: أن العمل بالبينتين واجب ما أمكن، وأمكن العمل بهما، بأن يجعل كأن صاحب اليد اشتراها من المدعي بألف وقبضها، ثم باعها من البائع بألف ولم يُسلِّم، فيُؤمَر بالتسليم إلى المدعي، فيقضي بالعقدين على هذا الوجه، ولا يقضي بالعقدين بتقديم شراء الخارج، ثم بيعه من صاحب اليد؛ لأنا لو جعلناه كذلك، وقبض الخارج، لم يثبت لا عياناً ولا بالشهادة، فيصير بائعًا قبل القبض، وبيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنهما اتفقا على أنه لم يَجْرِ بينهما إلَّا عقد واحد، والقضاء بالعقدين بدون الدعوىٰ ممتنع، والترجيح متعذِّرٌ؛ لعدم الأولوية، فتعين القول بالتَّهاتُر، فبطلت البَيِّنَتَان، وترك الدار في يد ذي اليد، قضاءُ ترك؛ ولأن كل بائع مُقِرٌّ بالملك للمشتري باعتبار الأصل، فصار كأن كل واحد منهما أقام البينة على إقرار صاحبه له بالملك، ولو أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه له بالملك، بطلت البينتان، كذلك هاهنا.

وقوله: «الألف بالألف قِصاصٌ»: قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن عندهما: إذا لم يَقْضِ بالعقدين، بقي قبض الثمن بغير حق، فيجب على كل واحد منهما رد المقبوض إن كان قائمًا، وتقع المقَاصَّة إن كان هالكًا.

فأما على قول محمد: إذا قضىٰ بالعقدين، بقي المقبوض ثمنًا، فلا معنىٰ لوقوع المقَاصَّة، وهذا إذا شهدوا بالبيع، ولم يشهَدوا بالقبض.

فإن أقام كل واحد منهما البينة على البيع والقبض، فكذلك الجواب عندهما: [تهاترت] البَيِّنَتَان، وعلى قول محمد: يقضي بالعقدين، ويجعل كأن الخارج اشترىٰ أولاً، وقبض، ثم باعها من ذي اليد وسلَّم، ويُجعَل القبضُ المعايَنُ [قبضًا] لآخر العقدين؛ لأن القبض إذا كان مشهودًا به، أمكن القضاء بالعقدين مع تقرُّر القبض، فلا تنقض يد صاحب اليد من غير دليل، بخلاف الفصل الأول.

اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها من رجل

(رجل اشترىٰ جارية، ولم يقبضها حتى زوَّجها من رجل، جاز النكاح)؛ لأنه تصرَّف في ملك نفسه، وإنما المنهي: بيع المبيع قبل القبض، والنكاح ليس في معنىٰ البيع؛ لأن النكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه، والبيع ينفسخ؛ ولهذا لا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه: كالآبق ونحوه، ويجوز نكاح الآبقة، والنهي الوارد في البيع لا يكون واردًا هاهنا.

فإذا جاز هذا النكاح في القياس: يصير قابضًا، وفي الاستحسان: لا يصير قابضًا ما لم يطأها الزوج.

وجه القياس: أن النكاح قبضٌ[1]؛ لأنه تعييبٌ، وبالتعييب يصير قابضًا، وجه الاستحسان: أن النكاح ليس بعيب حقيقةً، وإنما يصير قابضًا بالتعييب حقيقةً، وهو الوطء؛ لأنه استيلاء على المحل، ولم يوجد الاستيلاء هاهنا، وإذا وطأها الزوج، وجد الاستيلاء من الزوج بتسليط المشتري، فيصير قابضًا.

---

(١) في ب، د (أن النكاح عيب، وبالتعييب).

اشترى عبدًا ولم ينقد الثمن حتى غاب

(**رجل اشترىٰ عبدًا، ولم ينقُد الثمن حتى غاب، فأقام البائع البينة أنه باعه إياه، فإن كان المشتري غائبًا غيبةً معروفةً، لا يُباع العبد في دين البائع**)، وإن كان غائبًا [بحيث] لا يُدرىٰ مكانه، وطلب البائع بيع العبد من القاضي، فإن القاضي يبيع العبد، ويُوفِّي الثمن، فإن فضل شيء من الثمن، أمسكه حتى يحضر المشتري، فيدفع إليه، وإن انتقص الثمن [١٧٢/ب] [الثاني] عن الأول، كان النقصان على المشتري الأول؛ لأن العبد في يد البائع، والقول قول الإنسان فيما في يده، ألا ترىٰ أنه لو ادَّعىٰ أنه ملكه، كان القول قوله، فإذا أقر بالبيع، فقد أقر للغائب بالملك على وجه يكون مشغولاً بحقه، فإنَّ للثمن تعليقًا بالمبيع، فإنما أقام البينة لإظهار الأمر عند القاضي ونفي التهمة، لا لإثبات الملك للغائب، والدين عليه، إلَّا أن المشتري إذا كان غائبًا يُدرىٰ مكانه، أمكن استيفاء الثمن منه، فلا يحتاج إلى البيع، وإذا كان لا يُدرىٰ مكانه، تعذَّر استيفاء الثمن منه، فمسّت الحاجة إلى البيع، ولا يكون هذا قضاءً على الغائب، بل هذا اعتبار قول صاحب اليد.

اشتريا عبدًا صفقة واحدة وغاب أحدهما فللحاضر أن ينقد الثّمن

(**رجلان اشتريا عبدًا صفقةً واحدةً، وغاب أحدهما، فللحاضر أن ينقد كل الثَّمن ويقبض العبد، فإذا حضر الغائب لم يأخذ نصيبه من العبد حتى ينقد شريكه ما أدَّىٰ عنه من الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا نقد الحاضر كل الثمن، لم يقبض من العبد إلَّا نصيبه، ويكون متبرِّعًا فيما أدَّىٰ عن صاحبه**)، فلا يرجع.

أما لا يأخذ كل العبد؛ لأنه أجنبي عن نصيب الشريك، ويكون متطوِّعًا بما أدَّىٰ عن الشريك؛ لأنه قضىٰ دين شريكه بغير أمره.

ولهما: أنه محتاج إلى قبض نصيبه، ولا يمكنه ذلك إلَّا بقبض الكل؛ لأن قبض البعض تفريق الصفقة على البائع في حق اليد، ولا يمكنه قبض الكل إلَّا بنقد جميع الثمن، فكان مضطرًا في نقد نصيب الغائب، وهذا الاضطرار [إنَّما] جاء من قبل صاحبه، فيجعل وكيلاً عنه [كمعير] الرهن إذا قضىٰ دين الراهن، لا يكون متبرِّعًا.

وكذلك عُلُوٌّ لرجلٍ وسفل لآخر، انهدما، وامتنع صاحب السفل عن البناء، فبناه صاحب العلو، كان له أن يرجع عليه؛ لأنه لا يمكنه التوسل إلى حقه إلَّا ببناء السفل، فلا يكون متبرِّعًا.

تزوَّج امرأة بغير أمرها فظاهر منها ثم أجاز النكاح

(رجل تزوج امرأة زَوَّجَها منه رجل بغير أمرها، فظَاهَرَ منها، ثم أجازت النكاح، [فالظهار] باطل)؛ لأن الظهار لم يجعل تحريمًا إلَّا في المنكوحة جزاءً لكذبه، وهو تشبيه المحلَّلة بالمحرَّمة، وهاهنا الحِلُّ ما كان ثابتًا وقت التشبيه.

وهذا بخلاف ما إذا اشترىٰ جارية من فضولي، فأعتقها، ثم أجاز بيع الجارية، ينفذ إعتاق المشتري في قول أبي حنيفة[1] وأبي يوسف.

والفرق: ما ذكرنا: أن بيع الفضولي أوجب الملك على وجه التوقف، فتوقف العتق، فإذا نفذ [المِلْك]، نفذ العتق، أما الظهار إنما صار تحريمًا جزاء التشبيه، وهو كذبٌ محضٌ، ولم يُوجَد؛ لأن النكاح الموقوف لا يفيد الحِلَّ أصلاً.

اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة

(رجل اشترىٰ جارية بألف مثقال ذهب وفضة، فهما نصفان): خمسمائة من الفضة، وخمسمائة من الدنانير؛ لأنه أضاف الألف إليهما، والإضافة المطلقة توجب التسوية.

---

(١) في ب، د ذكر (أبي حنيفة) فقط.

رجل له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفًا ولم يعلم بذلك حتى أنفقها

(رجل له على آخر عشرة دراهم جِيادٍ، فقضاه زُيوفًا، ولم يعلم بذلك حتى أنفقها، أو هلكت، فهو قضاء قياسًا، ولا شيء عليه، وهو قول محمد، وفي الاستحسان: يَرُدُّ زُيوفًا مثل زُيوفه، ويرجع بالجِياد، وهو قول أبي يوسف)، وقال عيسىٰ بن أبان: رجع محمد إلى أبي يوسف.

لأبي يوسف: أن حقه في الجياد، فإذا قبض الزُّيوف، كان قابضًا غير حقه، فإن شاء تَجَوَّزَ به، وإن شاء طالبه بحقه، ويَرُدُّ مثل ما قبض، كما لو قضاه ستوقًا، أو رصاصًا، فإنَّه لا يبطل حقه في الجَوْدة.

ولأبي حنيفة ومحمد: أنه استوفىٰ أصل حقه؛ لأن حقه في الدراهم، والزيوف من جنس الدراهم، بقي حقه في الجَوْدة، والجَوْدة بانفرادها لا قيمة لها، فلا يمكن الوصول إلى الجَوْدة إلَّا بضمان الزُّيوف، والإنسان في قبض حقه لا يكون ضامنًا؛ لما فيه من إيجاب الضمان لنفسه على نفسه، وذلك باطل.

طير أفرخت في أرض إنسان، أو باضت

(طير أفرخت في أرض إنسان، أو باضت، فهو لمن أخذه)؛ لأن الفرخ صيد، والبيض أصل الصيد، ولهذا لو كسر المُحْرِم بيضةً كان عليه الجزاء، إلَّا أن أخذ البيض ممكن بدون الحيلة، وبهذا لا يخرج من أن يكون صيدًا، فيكون للآخذ، كصيد انكسر رجله في أرض إنسان، كان لمن أخذه، وكذا الظبي إذا تكنَّس في أرض إنسان، كان لمن أخذه، ولا يكون لصاحب الأرض؛ لأنه لم يأخذه، كمن نصب خَيْمةً أو شَبَكةً للجَفَاف، فتعقَّل بها صيد، لا يكون له.

فإن كان صاحب الأرض أعدَّ في أرضه موضعًا للفراخ، فأفرخت، روي عن محمد: أنها تكون لصاحب الأرض؛ لأنه أخذه حكمًا، كمن نصب شَبَكةً فتعقَّل بها صيدٌ، يكون له، وكذا لو بسط ذيله للدراهم المنثورة، والسُّكَّر، فما وقع فيه [١٧٤/أ] يكون له، وكذا إذا هيَّأ مكانًا لسرقين الدَّوابّ، فما وقع فيه يكون له عند البعض.

فرق بين الصيد وبين العَسَل، فالنحل إذا عَسَّل في أرض أنسان، يكون لصاحب الأرض على كل حال؛ لأن العسل ليس بصيد، بل[1] هو قائم بالأرض بمنزلة الشجر.

عبد بين رجلين، فاشترى أب العبد نصيب أحدهما، وهو موسر

(عبد بين رجلين، فاشترىٰ أب العبد نصيب أحدهما، وهو مُوسِرٌ، فللشريك الذي لم يَبِعْ أن يُضمِّن الأب عندهم)؛ لأن شراء القريب إعتاق عندنا، فيصير الأب معتِقًا عبدًا بينه وبين غيره، فيضَمَن إذا كان مُوسِرًا.

رجل اشترىٰ من رجل جاريةً بألف درهم، وقبضها، ثم باعها منه بخمسمائة قبل نقد الثمن، لا يجوز عندنا، خلافًا للشافعي[2]، وقد مرّ قبل هذا.

❊❊❊

(١) في ب (لأنه).

(٢) المنهاج ص٢٥٥.

كِتَابُ الكَفَالَة

بَابُ الكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ

رجل أخذ من رجل كفيلاً بنفسه، ثم لقيه فأخذ منه مثل السابق

(رجل أخذ من رجل كفيلاً بنفسه، ثم لقيه فأخذ منه كفيلاً آخر بنفسه، فهما كفيلان)، ولا يبرأ الكفيل الأول؛ لأن الكفالة شُرِعت للتوثُّق، وضَمُّ الكفيل[1] إلى الكفيل يوجب زيادة في التوثُّق، فجازت الثانية مع بقاء الأولىٰ، وعند الشافعي: الكفالة بالنفس باطلة[2] والمسألة معروفة.

كفل بنفس رجل -ولم يقل شيئًا- فدفعه إليه

(رجل كفل بنفس رجل ولم يقل: إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه، فهو بريء)؛ لأنه التزم تسليم النفس، وقد سلَّم فيبرأ، أو إن لم ينُصَّ عليه: كالغاصب إذا رَدَّ المغصوب إلى المالك ولم يقل شيئًا.

الكفالة في الحدود والقصاص

(ولا كفالة في الحدود والقصاص)، أي: لا يُخيَّر على إعطاء الكفيل، وقال أبو يوسف: لا بأس به، وقول محمد: مضطرب.

لأبي يوسف: أن الكفالة لتسليم النفس، وتسليم النفس واجب على من عليه القصاص، ولأبي حنيفة: أن الحدود والقصاص يُحتال لدَرْئها، فلا يليق بها الجبر على التوثُّق.

---

(١) في ب، د (وأخذ كفيل آخر).

(٢) والأصحُّ من مذهبه: أنها صحيحة، إلَّا إذا كانت في حدود الله تعالىٰ، قال النووي: «المذهب: صِحَّة كفالة البدن»، المنهاج ص٢٦٧.

فإن أعطىٰ كفيلاً من غير جبر، صحت الكفالة؛ لأن الكفيل التزم تسليم النفس، وتسليم النفس واجب، وكما لا يجبر على إعطاء الكفيل، **(لا يُحبَس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران، ولو شاهد عدل يعرفه القاضي)**؛ لأن بمجرد الشهادة لا يثبت الحق، وإنما يُحبَس بشهادة المستورين، أو بشهادة الواحد العدل؛ لأنه يثبت نوعُ تُهْمَةٍ، فيُحبَس لمكان التُّهْمَة، وروي: «**أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم حبس رجلاً بالتهمة**»[1].

ومن الناس من قال: لا يحبسه القاضي بشهادة المستورين، كما لا يحبسه بشهادة الفاسقين، والأَوَّل أصَحّ؛ لأن العدالة منهما محتمل الثبوت.

الرهن والكفيل جائزان في الخراج

(الرهن والكفيل جائزان في الخراج)؛ لأنه دينٌ يطالب به كسائر الديون.

(رجل له على آخر مئة درهم، فكفل رجل بنفسه على أنه إن لم يُوافِ به غدًا، فعليه المئة، الكفالتان جائزتان)، وقال الشافعي: الكفالتان باطلتان، أما الكفالة بالنفس عنده لا تجوز، وأما تعليق الكفالة الثانية باطلة[2]؛ لأنه تعليق سبب وجوب المال، فلا يصح تعليقه بالشرط كتعليق البيع، وكما إذا قال: إذا دخلت الدار فأنا كفيل بمالك على فلان.

ولنا قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، علَّق الكفالة بالشرط: وهو المجيء بالصَّاع، وشريعةُ مَنْ قبلنا يلزمنا قبل النسخ، ولأن الكفالة بالمال تبرُّعٌ ابتداءً، بمنزلة الوصية، حتى لا تبطل

---

(١) قال ابن حجر: «أخرجه الثلاثة والحاكم، من رواية بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده، بلفظ: (في تهمةٍ، ثمَّ خلَّىٰ عنه)، وفي الباب عن أبي هريرة، أخرجه الحاكم والبزار بلفظ: (حبس رجلاً في تهمة يومًا وليلة؛ استظهارًا)، وفيه إبراهيم بن خيثم، وهو ضعيف». الدراية ٢/ ٩٥.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٣٢٨، ٣٢٩.

بالشروط الفاسدة معاوضةً في الثاني؛ لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما كفل بعد الأداء إذا كفل بأمره، فيكون بيعًا في الزمان الثاني، والبيع لا يحتمل التعليق، والوصية تحتمل، فعملنا بالشيئين، فقلنا: بأنه يحتمل التعليق بالشرط المتعارف، ولا يحتمل التعليق بما ليس بمتعارف كدخول الدار، وتعليق الكفالة بعدم الموافاة شرط متعارف، فإذا لم يُوافِ به غدًا يلزمه المئة.

تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة

(**رجل كفل بنفس رجل، فإن لم يُوافِ به [غدًا]، فعليه المال، فمات المكفول عنه، ضمن الكفيل**)؛ لأنه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة، وقد تحقَّق.

رجل لزم رجلاً وادعى عليه مئة دينار

رجل لزم رجلاً، وادَّعىٰ عليه مئة دينار، (سوداء أو بيضاء، وبَيَّن قدرها، أو لم يبين، أو ادَّعىٰ حقًّا مطلقًا، أو مالاً مطلقًا)[١]، [أو لزمه ولم يدَّع عليه مئة دينار][٢] فقال له رجل: دَعْه فأنا كفيل بنفسه إلى غد، فإن لم أوافك به، فعلي مئة دينار، فلم يُوافِ به غدًا، فعليه المئة الدينار في الوجهين، وهو قول أبي يوسف إذا ادَّعىٰ صاحب الحق أنه له.

وقال محمد: إن لم يُبَيِّنْهَا حتى كفل له، ثم بين، لم يلتفت إلى دعواه؛ لمحمد وجهان: أحدهما ما قاله الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالىٰ: أنه لمّا قال: عَلَيَّ مئة دينار، ولم يُضِفْ الكفالة إلى المال المدَّعىٰ به، يحتمل أنه التزم مالاً مبتدأً، فتكون رشوةً، ويحتمل أنه أراد به: التزام ما على [١٧٣/ب] الأصيل، فلا يكون رشوةً، والمال لم يكن لازمًا بالشك، فعلىٰ هذا: وإن ادَّعىٰ عليه مالاً معلومًا، لا تصح الكفالة.

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

(٢) الزيادة من ب، د، وساقطة من أ.

والوجه الثاني: ما اختاره الكرخي رحمه الله تعالىٰ: أنه إذا لم يَدَّعِ مالاً مقدراً، لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القضاء؛ لفساد الدعوىٰ، فلم تصح الكفالة بالنفس، ولم تصح الكفالة بالمال؛ لأنها تبنىٰ على الأولىٰ، فعلىٰ هذا: إذا كان المدعىٰ به معلومًا وقت الدعوىٰ، تصح الكفالة، وتنصرف الكفالة إلى المال المدعىٰ به.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن هذه كفالة بالمال المدعىٰ به عند الوجوب، أما إذا كان المال معلومًا عند الدعوىٰ؛ فلأن الكفالة بالنفس صحت، والكفالة الثانية بناءً عليها، والبناء على الأولىٰ تفيد الكفالة بالمال المدعىٰ به عرفًا.

وأما إذا لم يكن المال معلومًا عند الدعوىٰ؛ فلأن العادة فيما بين الناس: أنهم يجهلون الدعوىٰ في غير مجلس القضاء، ويبنون عند القاضي دفعًا لحيل الخصوم، ويزيد[1] الكفيل بالمئة المطلقة: المئة التي يدَّعيها المدعي، كأنه قال: إن كانت لك عليه مئة، فأنا كفيل بتلك المئة، أو يقول: لو جعل هذا التزامًا للمال المطلق، لا يصح، ولو جعل هذا التزامًا للمال المدعىٰ، يصح، فيجعل كذلك تصحيحًا، فإذا بيّن المدعي ذلك عند القاضي، ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوىٰ والملازمة، فتظهر صحّة الكفالة بالنفس والمال جميعًا، ويكون القول: قوله في هذا البيان؛ لأنه يدَّعي صحة الكفالة، كمن كفل لرجل في غيبته، فلما حضر الغائب قال: إنك قد أقررت [لي] بالكفالة (في الحال الذي كنت غائبًا)[2]، وقال الكفيل: لا بل كان ذلك ابتداء كفالة كانت في غيبتك، ولم تصح، فالقول فيه: قول الغائب؛ لأنه يدَّعي صحة الكفالة، والكفيل يدّعي الفساد. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في ب (ويرد).

(٢) في ب (في حال غيبتي).

بَابُ
الكَفَالَة بِالمَالِ

تأخير الأصيل بالمال تأخير عن الكفيل

(رجل عليه مالٌ حالًّا، فكفل به رجل حالاً، ثم إن صاحب المال أخَّر الذي عليه الأصل بالمال، فإنَّ ذلك يكون تأخيرًا عن الكفيل، وإن أخَّر الكفيل دون الأصيل، كان له أن يأخذ الذي عليه الأصيل بالمال حالاً)؛ لأن الكفيل تحمل المطالبة عن الأصيل، وأصل الدين في ذمة الأصيل؛ لاستحالة أن يصير الدين الواحد دينين، فتأخير الأصيل يصرف إلى أصل الدين، فيتعدىٰ ذلك إلى الكفيل، أما تأخير الكفيل يصرف في المطالبة لا غير، فلا يتعدىٰ إلى الأصيل، ألا ترىٰ أن إبراء الكفيل لا يكون إبراء الأصيل، وإبراء الأصيل يكون إبراءً لهما، فذلك التأخير اعتبارًا للإبراء المؤقت بالإبراء المؤبَّد.

ولو أخَّر عن الكفيل، وردَّ الكفيل تأخيره، بطل التأخير، ولو أبرأ الكفيل ورد الكفيل إبراءه، لا يبطل، والفرق: أنَّ إبراء الكفيل: إسقاطُ مَحْضٍ، والإسقاط يَتِمُّ بالمُسْقِط، وأما التأخير ليس بإسقاط، بل هو خالص حق المطلوب، فيبطل بالرد.

الاسترداد في حال دفع الأصيل المال إلى الكفيل

(**رجل كفل عن رجل بألف بأمره، فقضاه الألف قبل أن يعطيها صاحبها، فليس له أن يستردَّها منه**)؛ لأن الأصيل إنما دفع المال إلى الكفيل؛ ليصير حقًا له إذا أدىٰ الكفيل حق الطالب من مال نفسه، فما لم يبطل ذلك الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه في حق الطالب، لا يكون له أن يستردَّ، كمن اشترىٰ شيئًا بشرط الخيار، فنقد الثَّمن قبل سقوط الخيار، ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع، لا يملك؛ لأن الدفع كان لغرض: وهو أن يصير ثمنًا عند سقوط الخيار، فما بقي ذلك الاحتمال، لا يكون أن يستردَّ ذلك، كذلك هاهنا.

وإن تصرَّف الكفيل في المقبوض ورَبِح، ثم أن الأصيل أدّىٰ دين الطالب، كان له أن يرجع على الكفيل؛ لما ذكرنا، وطاب للكفيل ما رَبِح فيه.

وهذه المسألة على وجهين: أحدهما: أن يدفع إلى الكفيل على وجه الرسالة، أو على وجه الاقتضاء، فإن دفع على وجه الرسالة، بأن قال: خذ هذا المال، وادفع إلى الطالب، فأخذ وتصرَّف فيه ورَبِح، لا يطيب له الرِّبْح في قول أبي حنيفة ومحمد، سواء كان المال من النقود، أو من العروض، وعلى قول أبي يوسف: يطيب له الرِّبح؛ لأن المال أمانة في يده بمنزلة الوديعة، المودَع أو الغاصب إذا تصرَّفا في الوديعة أو في المغصوب، وربح: عندهما: لا يطيب له الربح، وعند أبي يوسف: يطيب؛ لما نذكر بعد هذا.

وإن دفع إليه على وجه الاقتضاء، بأن دفع المال إليه وقال: إني لا آمن من يأخذ الطالب حقه منك، فأنا أقضيك قبل أن يؤدي، فقضاه، فتصرف فيه ورَبِح، فإن أخذ الطالب بعد ذلك حقه من الكفيل، سلَّم للكفيل ما أخذ من الأصيل، فطاب له الربح في قولهم.

وإن أخذ الطالب حقه من الأصيل، وجب على الكفيل رَدُّ ما قبض، [١٧٥/أ] وهل يطيب له الربح؟ فإن كان المقبوض ممَّا لا يتعين بالتعيين، طاب له الربح في قولهم؛ لأن الكفيل ملك المقبوض بالأخذ، ولا يلزمه ردُّ ما قبض، فيبقىٰ متصرفًا في ملك نفسه، فيطيب له الربح، وإن كان المقبوض مما يتعين بالتعيين، فكذلك في قول أبي يوسف ومحمد، واختلفت الروايات عن أبي حنيفة: في رواية كتاب البيوع: يطيب الربح للكفيل، وذكر في هذا الكتاب وكتاب الكفالة من «الأصل»: أنه [لا] يطيب الربح، إلَّا أن في رواية هذا الكتاب: يَرُدُّ الرِّبح على الأصيل، وفي رواية كتاب الكفالة: يتصدَّق به.

لأبي يوسف ومحمد: أن عقد الكفالة يوجب دينين: دينًا للطالب على الكفيل، ودينًا للكفيل على الأصيل؛ ولهذا لو وهب الكفيل الدين للأصيل قبل أدائه حقَّ الطالب، صحَّت هبته، حتى لو أدىٰ حق الطالب بعد ذلك، لم يرجع بشيء على الأصيل، فثبت أن الكفالة أوجب دينين، إلَّا أن ما للطالب على الكفيل حالٌ، وما للكفيل على الأصيل مؤجَّلٌ إلى وقت أداء الكفيل حق الطالب؛ لأن قبل أدائه حق الطالب، لا يرجع على الأصيل، وصاحب الدَّين المؤجَّل إذا أخذ حقه قبل حُلول الأجل، يصح الاستيفاء، فكان الرِّبح حاصلاً له في ملك نفسه، فيطيب له.

ولأبي حنيفة: أن ملك الكفيل في الحال متردِّدٌ، إن أخذ الطالب حقه من الكفيل، يتقرَّر، وإن أخذ الطالب حقَّه من الأصيل، ينتقض ملك الكفيل في المقبوض، فكان الملك قاصرًا، ولو انعدم الملك أصلاً، كان الربح خبيثًا، فإذا كان قاصرًا، يتمكَّن فيه شبهة الخُبث، فلا يطيب له، فيتصدَّق به في رواية؛ لأن سبيل الخُبث التصدُّق، وفي رواية: يَرُدُّه على الأصيل؛ لأن الخبث ثبت لحقه، فإن ردَّه عليه، فإن كان الأصيل فقيرًا، طاب له، وإن كان غنيًّا، فيه روايتان، والأشبه: أن يطيب له؛ لأنه إنما ردَّه عليه باعتبار أنه حقه.

رجوع الكفيل بما ضمن على المكفول عنه

(رجل قال لكفيل ضمن له مالًا بأمر المكفول عنه : برئتَ إليَّ من المال، رجع الكفيل على المكفول عنه)؛ لأن الطالبَ أَقَرَّ [ببراءته] بفعلٍ يكون ابتداؤه من الكفيل، وانتهاؤه من الطالب، وذلك بإيفاء الدين، فصار كما لو أقر بالاستيفاء صريحًا.

(فإن قال للكفيل : أبرأتُك، لم يرجع الكفيل على الأصيل)؛ لأنه أقرَّ ببراءته بفعلٍ باشره الطالب، والبراءة بهذه الصفة لا يكون إلَّا بالإسقاط، فلا يرجع؛ لأن الكفيل إنما يرجع على الأصيل عند أدائه حقَّ الطالب، أو تملُّك ما في ذمته، ولم يوجد، فلا يرجع، كما لو قال: أبرأتُك عن الكفالة، ويأخذ الطالب حقه من الأصيل؛ لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل.

(ولو قال للكفيل : برئتَ من المال، ولم يقُل : «إِلَيَّ»، على قول محمد : لا يرجع [الكفيل على الأصيل]، وعلى قول أبي يوسف : يرجع).

لأبي يوسف: أنه أضاف البراءة إليه، فيقتضي وجود الفعل منه، وليس ذلك إلَّا الأداء.

ولمحمد: أن براءة الكفيل قد يكون بالأداء، وقد يكون بالإسقاط، فلا يثبت حق الرجوع بالشك، وهذا إذا كان الطالب غائبًا، فإن كان حاضرًا، يرجع في البيان إليه؛ لأن الاحتمال جاء من جهته.

قول المكفول عنه للكفيل: (تعين عليّ حريرًا)

(رجل كفل عن رجل بأمره، فقال المكفول عنه للكفيل: [تعيَّن[1] عليّ حريرًا]، ففعل، فالشراء للكفيل، والربح الذي رَبِحه البائع على الكفيل).

قوله: «تعيَّن[1] عليَّ حريرًا»، معناه: اشتَرْ شيئًا ببيع العِيْنَة، واختلف الناس

(١) في أ (بعني) في الموضعين، والمثبت من ب، د.
وفي الجامع الصغير (فأمره أن يتعين عليه حريرًا) ص٤٤٧ (مع شرح الشهيد).

في صورة العِيْنَة، قال بعضهم: صورة العِيْنَة: أن يأتي الرجل تاجرًا؛ ليستقرض ويقبل له الربح، ويعلمان حرمة الربا، فيبيع التاجر منه ما يُساوي عشرة، بخمسة عشر نسيئةً، ليبيعه المشتري في السوق بعشرة، فيصل إلى العشرة، ويجب للبائع عليه خمسة عشر، فيطالبه بذلك إذا حَلَّ الأجَل.

وقال بعضهم: صورة العِيْنَة: أن يُقرِضه خمسة عشر، ثم يبيع المقرض من المستقرض ثوبًا يُساوي عشرة بخمسة عشر، ويأخذ الدراهم المدفوعة ثمنًا، ثم يشتري المُقرض الثوب الذي باعه [ولم يخرج عن ملكه إلَّا عشرة] بعشرة، ويدفع إليه العشرة، فيبقىٰ للمُقرِض عليه خمسة عشر التي أقرضها أولاً، [ولم يخرج عن ملكه إلَّا عشرة](١).

سُمِّيَ عِيْنَةً؛ لأنه أعرض عن الدين إلى بيع العين، وكلا الوجهين جائز في الحكم، إلَّا أنه مكروه؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**إذا تبايعتم بالعِيْنَة، وأتبعتم أذناب البقر، ذللتم حتى يُطمَع فيكم**»(٢)؛ ولأنه إعراضٌ عن أمر مندوب: وهو القرض، قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**الصَّدقة بعشرة أمثالها، والقرض بثمانية عشر**»(٣)، وفيه إظهار البخل، والامتناع عن القيام بحاجة المسلم، وهو مذمومٌ. [١٧٤/ب]

وعن محمد بن سلمة: أن بيع العِيْنَة جزءٌ من البياعات في زماننا.

---

(١) الزيادة من د.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣١٦/٥؛ «وأحمد، وأبو يعلىٰ، والموصلي، والبزار في مسانيد ...»، وتكلم في بعض رجال السند. انظر: نصب الراية ١٦/٤.

(٣) «رواه الطبراني في الكبير، وفيه عتبة بن حميد، وثَّقه ابن حبان وغيره، وفيه ضعف»، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٢٦/٤.

إذا عرف هذا نقول: إذا قال المكفول عنه للكفيل: «تعَيَّن عليَّ حريرًا»، لم يكن توكيلاً بالشراء؛ لأنه ما قال: تعيَّن لي، وإنما قال: تعيَّن عليّ، وهي كلمة الضمان، لا كلمة وكالةٍ، مع أن هذا القدر من التوكيل لا يصح؛ لأن المذكور أجناس مختلفة، وجهالة الجنس يمنع التوكيل.

ومعنىٰ كلمة الضمان: أنه أمره بأنْ يشتري ثوبًا باثني عشر؛ ليبيعه في السوق بعشرة، فيقضي الدين بالعشرة على أنه إن لحقه [خُسران][1]، فالخُسران عليه، وهذا ضمان باطل، كمن قال لغيره: بايع في السوق على أن ما أصابك من الخسران، فأنا ضامنٌ بذلك، أو كفل لرجل لعبده إن أبق، وإذا لم تصح هذه الكفالة، كان المشترىٰ للكفيل، والربح الذي ربِحه البائع عليه.

كفل عن رجل بما ذاب له عليه من حق

(**رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه من حق، أو بما قُضِي له عليه من حق، فغاب المكفول عنه، وجاء المدعي بالكفيل، وأقام البينة أن له على المكفول عنه ألف درهم، لا تقبل بينته على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه**)؛ لأنه كفل بما قُضِي له على الأصيل بعد الكفالة، فما لم يصر المال بهذه الصفة، لا يكون كفيلاً، فلا يكون خصمًا، ألا ترىٰ أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بمال للطالب، لا يلزمه؛ لما ذكرنا، حتى لو ادَّعىٰ أن قاضي بلد كذا: قضىٰ له علىٰ الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام البينة على ذلك، قبلت بينته.

وكذا قوله: ما ذاب لك على فلان؛ لأن الذوب: عبارة عن الوجوب، وإنما كفل بمال يجب على المكفول عنه بعد الكفالة.

---

(١) في أ (ضمان)، والمثبت من ب، د.

(فإذا أقام المُدَّعِي بينة : أنه له على الغائب ألف درهم)، يحتمل أن يكون واجبًا بعد الكفالة، ويحتمل أن يكون واجبًا قبل الكفالة، فلا يدخل تحت الكفالة بالشَّكِّ، حتى لو ادَّعىٰ الوجوب بعد الكفالة، وأقام البينة، قبلت بينته؛ لأنه ادَّعَىٰ عليه مالاً دخل في الكفالة.

القضاء للطالب على الكفيل والمكفول عنه

وقال أبو يوسف ومحمد: **(إذا كفل عن رجل بمال بأمر الأصيل، فغاب الأصيل، وجاء الطالب بالكفيل، وأقام البينة أنه له على فلان الغائب كذا، وأنه كفل له بأمر فلان، قبلت بينته، ويقضىٰ له على الكفيل والمكفول عنه)**.

ذكر قولهما، ولم يذكر قول أبي حنيفة، لا لأن قوله يخالف قولهما؛ بل لأنه لم يَحْفظ قول أبي حنيفة.

(ولو كانت الكفالة بغير أمر المكفول عنه، قضىٰ على الكفيل)، ولم يكن ذلك قضاءً على الغائب.

أما قبول البينة على الكفيل على كل حال، بخلاف ما تقدم؛ لأن فيما تقدم: ادَّعَىٰ عليه الكفالة بمال موصوف: وهو أن يكون مقضيًّا به بعد الكفالة، فما لم تثبت تلك الصفة، لا يكون كفيلاً، فلا يكون خَصْمًا، وهاهنا ادَّعَىٰ عليه الكفالة بمال مطلق، ألا ترىٰ أن في الفصل الأول لو صَدَّقَه، وقال: كفلت لك بما قضي لك عليه، وليس لك عليه شيء، لا يلزمه، وهاهنا لو قال: كفلت لك عنه بألف، ولكن ليس لك عليه شيء، أُجبِر على الأداء، ولا يلتفت إلى كلامه.

الفرق بين الكفالة بأمر الأصيل والكفالة بغير أمره

وأما الفرق بين الكفالة بأمر الأصيل، وبين الكفالة بغير أمره: أن الكفالة [بأمر الأصيل] كما توجب الدين على الكفيل، توجب الدين للكفيل على الأصيل [أيضًا]، وهي معاوضةٌ في الزمان الثاني، والكفالة بغير أمره محضُ تبُّرعٍ، فكان بينهما مغايرةً، فإذا ادَّعىٰ الكفالة بأمر لا يمكن القضاء بكفالة أخرىٰ، ومن ضرورة القضاء بالكفالة بأمره، القضاء على الغائب؛ لأن أمر الأصيل بالكفالة عنه، إقرارٌ بالمال.

وأما إذا ادَّعىٰ الكفالة بغير أمر، لم يكن من ضرورة القضاء بها القضاء على الغائب، كما لو قال: لفلان علىٰ فلان ألف درهم، وأنا به كفيل، يُطالَب به الكفيل، ولا يرجع على الأصيل؛ ولأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو ثبت أمره بالكفالة عيانًا، كان الحكم فيه ما قلنا. فكذا إذا ثبت بالبينة.

وقال زفر: لا يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأن الكفيل يزعم أن الطالب ظلمه، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وإنا نقول: لما قضىٰ القاضي عليه، فقد كذَّبه فيما زعم، فبطل زعمه، كمن اشترىٰ شيئًا، وأقرَّ أن البائع باع ملك نفسه، ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة، كان له أن يرجع على البائع بالثمن.

[١٧٦/أ]

براءة الأصيل والكفيل عن الحق

(رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل، فصالح الكفيل الطالب من الألف على خمسمائة، برئ الأصيل والكفيل عن الخمسمائة)؛ لأن أصل الدين على الأصيل، وإنما يُطالَب الكفيل بطريق التحمُّل عن الأصيل، فإذا أضاف الصلح إلى الألف، فقد أضافه إلى ما على الأصيل، فبرئ الأصيل عن الخمسمائة، وإذا برئ الأصيل، برئ الكفيل، ويبقىٰ الخمسمائة، فإذا أداها الكفيل، رجع على الأصيل.

وإن صالحه مطلقًا وأبرأه عن الخمسمائة، بطلت المطالبة عن الكفيل، ويبقىٰ على الأصيل.

باع دارًا وكفل إنسانًا بالدَّرَك

(رجل باع دارًا وكفل إنسان بالدَّرَك، فهو تسليمٌ).

أراد بذلك: أنه لو ادَّعاها الكفيل بعد ذلك، لا تُسمَع دعواه؛ لأنه لو صَحَّت دعواه، رجع المشتري عليه بحكم الكفالة، فلا يفيد؛ ولأن البيع لو كان بشرط الكفالة، كان تمام البيع معلقًا بقبول الكفيل، فلو سمع دعواه، يصير ساعيًا في نقض ما تَمَّ به؛ ولهذا لو كان الكفيل شفيعًا، بطلت شفعته.

فعلىٰ هذا: إذا لم تكن[1] الكفالة شرطًا في البيع، لا يكون تسليمًا، وجواب الكتاب مطلق، ووجهه: ما ذكرنا أولاً.

❊❊❊

(١) في د (إذا كانت الكفالة).

بَابُ
الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ عَلَيْهِمَا مَالٌ فَيَقْضِي أَحَدُهُمَا أَوْ يُبْرِئُ صَاحِبُ المَالِ أَحَدَهُمَا

متفاوضان افترقا فلأصحاب الديون أن يطالبوا أيهما شاؤوا

(مُتفاوِضان افترقا، فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين)؛ لأن كل واحد منهما ضامنٌ عن صاحبه بما عليه.

مقتضىٰ عقد المفاوضة على ما نذكر في موضعه، فيُطالَب كل واحد منهما بجميع الدين: النصف بحكم الأصالة، والنصف بحكم الكفالة.

وإذا أدىٰ أحدهما شيئًا، لا يرجع على صاحبه حتى يُؤدِّي أكثر من النصف؛ لوجهين: أحدهما: أن المؤدىٰ إلى النصف، كما يصلح أن يكون بجهة الكفالة، يصلح بجهة الأصالة، وحمله على جهة الأصالة أولىٰ؛ لأن الأداء بجهة الأصالة: أداءٌ لحقيقة الدين، والأداء بجهة الكفالة أداءٌ بحق المطالبة.

والثاني: أن المؤدىٰ إذا كان نصفًا أو دونه، لا يفيد الرجوع على صاحبه؛ لأنه لو رجع على شريكه بحكم الكفالة، كان لشريكه أن يقول: أداؤك عَنِّي بحكم الكفالة والأمر، كأدائي بنفسي، ولو كنت أديت بنفسي، كان لي أن أرجع عليك، فلا يفيد الرجوع.

أما إذا أدىٰ أكثر من النصف، لو رجع على شريكه بذلك، لا يكون لشريكه أن يرجع عليه؛ إذ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلَّا النصف، فيفيد الرجوع.

مطالبة البائع من رجلين اشتريا عبدًا بألف وكل كفيل عن صاحبه

(رجلان اشتريا عبدًا بألف، على أن كل واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الألف: النصف بحكم الأصالة، والنصف بحكم الكفالة عن الشريك، فإذا أدىٰ أحدهما شيئًا، لا يكون له أن يرجع على شريكه حتى يكون المؤدَّىٰ أكثر من النصف)؛ لِمَا قلنا.

(رجلان كفلا عن رجل بألف، على أن كل واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فأدىٰ أحدهما شيئًا، كان له الخيار: إن شاء رجع بنصف ذلك على الكفيل الآخر، وإن شاء رجع بجميع ذلك ـ وهو الألف ـ على المكفول عنه)؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الأصيل بجميع الألف، وعن صاحبه بما التزم بحكم الكفالة، فكان كل واحد منهما مطالبًا بحكم الكفالة، لا بحكم الأصالة.

فإذا أدىٰ أحدهما شيئًا، إن شاء رجع على شريكه بنصف ذلك؛ لأنهما يستويان في الكفالة، فيستويان في الغُرْمِ، وإن شاء رجع على الأصيل بجميع ذلك؛ لأنَّه أدىٰ دينه بأمره فيرجع عليه، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة كل واحد منهما مُطالَبٌ بالنصف بحكم الأصالة، لا بحكم الكفالة، وإذا أبرأ الطالب أحد الكفيلين، أخذ الآخر بجميع الألف بحكم الكفالة عن الأصيل.

كاتب عبدين له كتابة بألف، وكل منهما كفيل عن صاحبه

(رجل كاتب عبدين له كتابةً واحدةً بألف، وكل واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فكل شيء أدَّاه أحدهما، رجع على صاحبه بنصفه)، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يجوز هذا العقد؛ لأنَّه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما باطل.

وجه الاستحسان: أن هذا عقد يحتمل الصحة، بأن يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلقًا بأدائه، كما في الولد المولود في الكتابة، بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما؛ لأنَّ عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة، فتعذر تصحيحه بهذا الطريق، فيجب تصحيحه على هذا الوجه، ويجعل كل واحد منهما في حق المولىٰ كأن المال عليه، وعتق الآخر مُعلَّقٌ بأدائه، فيُطالَب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة، لا بحكم الكفالة.

وإذا أدىٰ أحدهما شيئًا، يرجع على شريكه بنصف ذلك، تحقيقًا للاستواء؛ ولأن الكتابة على هذا الوجه متعارف، وغرض المولىٰ من هذا الشرط: أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الألف، وأن لا يعتق أحدهما ما لم يصل إليه كل [١٧٥/ب] الألف، وعند العجز يردَّان إلى الرق.

ولو جعلنا على كل واحد منهما خمسمائة، وما أدىٰ أحدهما إلى النصف، يكون واقعًا عنه، يعتق عند أداء الخمسمائة، فلا يحصل له هذا الغرض.

وإن أعتق أحدهما، صح؛ لقيام الملك، ويسقط نصف البدل؛ لأنا جعلنا المال على أحدهما، وعلقنا عتق الآخر بأدائه، فإن كان المال على الذي أعتقه يسقط كله، وإن كان المال على الآخر، لا يسقط شيء، وكل واحد منهما متردِّدٌ بين أن يكون أصيلاً، وبين أن يكون تبعًا، فيسقط نصفه، وتبقىٰ حصة الآخر.

وللمولىٰ أن يأخذ بالنصف الباقي أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما كان مُطالَبًا بجميع الألف، والباقي ببعض الألف، فبقي على تلك الصفة؛ لأن البقاء يكون على وِفْق الثبوت، فإن رجع على المعتَق وأخذ منه، رجع المعتَق بما أدىٰ على شريكه؛ لأنه أدىٰ دينه بأمره، وإن رجع المولىٰ على غير المعتَق، لا يرجع هو على المعتَق؛ لأنه أدىٰ دين نفسه، فلا يرجع على غيره.

متفاوضان
كفل أحدهما بمال

(متفاوضان، كفل أحدهما بمال، لزم صاحبه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: لا يلزمه)؛ لأن الكفالة تبرعٌ، حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع، وما يجب على أحد المتفاوضين بغير التجارة، لا يلزم الآخر، كأرش الجناية والمهر، والقرض، وغير ذلك.

ولأبي حنيفة: أن دين الكفالة دين تجارة يفيد الملك في البدل، فإذا وجب على أحدهما، يُطالَب به الآخر، كالغصب، وما قالا: بأن الكفالة تبرُّعٌ، قلنا: تبرُّعٌ ابتداءً، ومعاوضةٌ انتهاءً؛ (إذ لو لم يكن كذلك، لَمَا رجع)[1] الكفيل على الأصيل عند الأداء إذا كانت الكفالة بأمره، فاعتبر تبرعًا ابتداءً، حتى لا يصح ممن لا يصح منه التبرع، واعتبر معاوضةً انتهاءً.

ولهذا قلنا: إن المريض مرض الموت إذا كفل بمال، يعتبر من الثلث، ولو أقر في مرضه بكفالة كانت في الصحة، تعتبر من جميع المال؛ لأن الإقرار يصادف البقاء، فثبت أن الكفالة لها حكم التجارة في حال البقاء، ولزوم الكفالة صاحبه، إنما تكون في حال البقاء، ولها حكم التجارة في هذه الحالة، فيلزم صاحبه، كثمن البيع وغير ذلك.

وأما القرض في ظاهر الرواية: لا يلزم صاحبه، وعند أبي حنيفة في رواية: [أنه يلزمه] بمنزلة الكفالة.

---

(١) العبارة في ب، د هنا (لأنه يرجع على الأصيل ...).

بَابُ
كَفَالَةِ العَبْدِ

براءة الكفيل فيما إذا كفل بنفس العبد فمات

(رجل ادَّعىٰ على عبد مالاً، فكفل إنسان بنفس العبد، فمات العبد، برئ الكفيل، وإن ادَّعىٰ رجل برقبة العبد، فكفل رجل بنفسه، فمات العبد، فأقام المدعي بينة أن العبد كان له، ضمن الكفيل قيمته)؛ لأنَّ في الفصل الأول: التزم تسليم نفس العبد، لجواب الخصومة، وقد سقط ذلك عن العبد بموته، فيبرأ الكفيل.

وفي الفصل الثاني: كفل عن المدعىٰ عليه بتسليم نفس العبد عند الاستحقاقِ، ولم يسقط ذلك بموته، بل انتقل إلى القيمة، وقامت القيمة مقام العبد في حق المدعىٰ عليه، فكذلك في حق الكفيل.

رجوع العبد الكفيل على مولاه إذا كفله وأعتق وأدَّى المال

(عبد كفل عن مولاه بمال، فعُتِق، ثم أدىٰ المال، لا يرجع على المولىٰ، وكذلك لو كان المال على العبد، فكفل عنه المولىٰ بأمره، فأدىٰ المولىٰ بعد عتق العبد، لا يرجع على العبد).

وقال زفر رحمه الله تعالىٰ: يرجع كل واحد منهما على الآخر؛ لأن سبب الرجوع قد تحقق: وهو الكفالة بأمر، والامتناع كان بحكم الرق، وقد زال، فيرجع، كالراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو مُعسِرٌ، وسعىٰ العبد في قيمته، فإنه يرجع بذلك على المولىٰ.

ولنا: أن هذه كفالة انعقدت غير موجبة للرجوع؛ لأن أحدهما لا يستوجب دينًا على الآخر، فلا تتغيَّر بعد ذلك؛ لأن البقاء لا يخالف الثبوت، كمن كفل عن رجل بمال بغير أمره، ثم أن المكفول عنه أجاز الكفالة، فأدىٰ الكفيل، لا يرجع على الأصيل؛ لأن الكفالة انعقدت لازمةً غيرَ موجبة للرجوع، فلا تتغيَّرُ بعد ذلك، كذلك هاهنا.

بخلاف مسألة الرهن؛ لأنَّ [ثَمَّةَ] العبد ما كان مُطالَبًا قبل العتق، وإنما صار مُطالَبًا بعد العتق، فجاز أن يرجع على المولىٰ.

❊❊❊

كتَابُ
الحَوَالَةِ

القول: قول المحيل

(رجل أحال رجلاً بألف على رجل، ثم قال المُحِيْل: هو مالي، وقال المُحتال: هو مالي، فالقول: قولُ المُحيل).

معناه: أن المُحيل قال للمُحتال بعدما قبض المال: ما كان لك عَلَيَّ شيء، وإنما استوفيتَ ما لي عن غريمي بأمري، فادفعه إلي، وقال المحتال: لا بل لي عليك ألف، فاحتلتني بها عليه.

وإنَّما كان القول قول المحيل؛ لأن المحتال يدَّعي عليه دينًا، وهو ينكر، والحوالة قد تستعمل في الوكالة، ألا ترىٰ أن محمدًا رحمه الله تعالىٰ ذكر في [١٧٧/أ] كتاب المضاربة: لو أن مال المضاربة صار دينًا على الناس، وليس في المال رِبْحٌ، وامتنع المضارب عن الاستيفاء والتقاضي، يقال له: أَحِلْ رب المال على الغرماء، أي: وكِّلْه، فلما كانت الحوالة مستعملة في الوكالة، لم يكن لفظ الحوالة إقرارًا بالدين، فإذا أنكر الدين، كان القول قوله.

ويحتمل أن يكون معنىٰ المسألة: أن المحيل باع متاعًا من المحتال عليه بألف درهم، فيقول المحتال له: كان المتاع ملكي، وكنتَ وكيلي في البيع، والثمن مالي، وقال المُحيل: كان المتاع ملكي، وإنما بعته لنفسي، فيكون القول قول المحيل؛ لأن الأصل: أن يتصرف لنفسه لا لغيره.

وإن وقع الاختلاف بين المُحيل والمحتال عليه بعدما أدىٰ المحتال عليه المال إلى [المحتال له]، فقال: المُحيل: كان لي عليك ألف درهم، فاحتله بمالي عليك، فليس لك أن ترجع عليَّ، وقال المحتال عليه: ما كان لك عَلَيَّ شيء، وقد قضيت دينك بأمرك، فلي أن أرجع عليك، فالقول قول المحتال عليه؛ لأنه قضىٰ دينه بأمره، فكان له أن يرجع عليه، إلَّا إذا ثبت دينه، ولم يثبت.

الحوالة المقيَّدة

(**رجل أودع رجلاً ألف درهم، ثم أحال بها عليه، فهو جائز**)؛ لأنَّ الحوالة المطلقة جائزة، فالمقيدة أولىٰ، (**فإن هلكت الوديعة، بطلت الحوالة**)، ولا شيء على المُوْدَع؛ لأنه التزم الأداء من الوديعة لا من غيرها، فيتعلَّق الدَّيْن بها، كالزَّكاة، بخلاف ما لو كان الألف غصبًا عند المحتال عليه وقَيَّدَ الحوالة [بها]، فهلكت [الألف] الغصب، لا تبطل الحوالة؛ لأنها هلكت إلى خَلَف: وهو المثل في ذمة الغاصب، فكانت باقية حكمًا؛ ولأن المحتال له قام مقام المُحيل، وهلاك الوديعة يبطل حق المُحيل، فيبطل حق المُحتال له، بخلاف الغصب.

❊❊❊

بَابُ
الضَّمَانِ

المضارب إذا ضمن لرب المال ثمن ما باع

(**رجل باع لرجل ثوبًا بأمره، وضمن له الثمن، فالضمان باطل، وكذلك المضارب إذا ضمن لرب المال ثمن ما باع، لا يَصِحّ**)؛ لوجهين: أحدهما: أن الوكيل أمين، فلا يصير ضامنًا بالشَّرط، كالمودَع والمستعير.

والثاني: أن الثمن وجب حقًّا للعاقد، ألا ترىٰ أنه اختص بالمطالبة؛ ولهذا لو حلف المشتري: ما للموكل عليه شيء، [صدق و]كان بارًا، ولو حلف: ما للوكيل عليه شيء، كان كاذبًا، فلو صَحَّ الضمان، كان ضامنًا لنفسه عن نفسه، وذلك باطل، بخلاف الوكيل بالنكاح من قِبَلِ المرأة إذا ضمن المهر عن الزوج، حيث يصح؛ لأنه سفيرٌ مَحْضٌ، لا يرجع إليه الحقوق، فلو صَحَّ الضمان لا يصير ضامنًا لنفسه.

الضمان في حِصَّة الثمن المشترك بينهما

(**وكذلك رجلان باعا عبدًا بينهما من رجل صفقةً واحدةً، وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لا يصح ضمانه**)؛ لأن الثمن مشترك بينهما، فلو صح الضمان: إما أن يصح بالنصف مطلقًا، أو في حصة الشريك، لا وجه إلى الأول؛ لأن ما من جزء من الثمن إلَّا وهو مشترك بينهما، فيصير ضامنًا لنفسه، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنَّه قسَّم الدَّيْن قبل القبض؛ حيث امتاز نصيب أحدهما عن الآخر، والدين لا يحتمل القسمة.

ولو كان البيع بصفقتين، بأن سمّىٰ كل واحد منهما لنصيبه ثمنًا، ثم ضمن أحدهما للآخر، صح ضمانه؛ لأن نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر؛ ولهذا لو أخذ أحدهما شيئًا من المُشْتَرِي، لا يشاركه الآخر فيه، فلا يصير ضامنًا لنفسه، بخلاف الفصل الأول.

ولو تبرَّع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان، جاز تبرُّعُه؛ لأن التبرُّع لا يَتِمُّ إلَّا بالأداء، وعند الأداء يصير مُسقِطًا حقه في المشاركة، فيصح، وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة؛ لأن التبرع أشرع جوازًا من الكفالة، ألا ترىٰ أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة، وإن كان لا يصح بها الكفالة.

ضمن عن عبد مالاً ولم يسم حالاً ولا غيره

(**رجل ضمن عن عبد مالاً، لا يجب عليه حتىٰ يُعتَق، ولم يُسَمِّ حالاً ولا غيره، فهو حالٌّ**).

وصورة المسألة: إذا أقر العبد باستهلاك مال، وكذَّبه المولىٰ، أو أقرضه إنسان شيئًا، أو باعه وهو محجور، أو وطأ امرأةً بشبهة بغر إذن المولىٰ، فإنه لا يُؤاخَذ به في الحال.

وكذا لو أودعه إنسان فاستهلك الوديعة، لا يُؤاخَذ به حتى يُعتَق في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، فإن كفل به إنسان ولم يسم حالاً ولا غيره، فهو حالٌّ؛ لأن مَحَلّ الدَّين الذمة، وذمة العبد صالحةٌ لوجوب الدين، وإنما تأخرت المطالبة لعُسرته؛ لأنه إذا لم يظهر في حق المولىٰ لا يُؤخَذ من كسبه، فكان بمنزلة المُعْسِر، ومن كفل عن مفلس فَلَسَه، القاضي يُؤخَذ به في الحال، كذلك هاهنا.

وكذا لو كفل عن غائب، صح، ويُؤخَذ به في الحال، وإن كان الطالب لا يقدر على مطالبة الأصيل، بخلاف ما إذا كان الدين مؤجَّلاً، فكفل به إنسان، ولم يذكر حالاً ولا مؤجَّلاً، لا يُؤخَذ به حتى يحُلَّ الأجل؛ لأن الكفيل التزم ما على الأصيل، وعلى الأصيل مؤجَّلٌ، فلا يُؤْخَذ [الكفيل به] في الحال. [١٧٦/ب]

ضمن عن رجل خراج أرضه ونوائبه

(**رجل ضمن عن رجل خراج أرضه، ونوائبه، وقسمته، فهو جائز**)، أما الخراج؛ فلأنه دين واجب حقًّا للعباد، فيُطالَب به، ويُحْبَس، ويُؤخَذ من تركته بعد موته، كسائر الديون، بخلاف ما لو كفل بالزكاة بعد وجوبها في الأموال الظاهرة والباطنة، حيث لا يصح؛ لأن الزكاة ليس بدين، بل هي عبارةٌ عن تمليك المال؛ ولهذا لا يُؤخَذ من تركته بعد موته، فلا تصح الكفالة، بخلاف الخراج؛ لأنه دينٌ وجب بدلاً عن الحفظ، والدين مال وجب بدلاً عن شيء، كضمان المُتلِف وثمن المبيع ونحوه.

وتكَلَّمُوا في النوائب، قال بعضهم: أراد به أجر الحارس، وكِرَي النهر المشترك، وكل ما فيه صلاح المحلة؛ لأن ذلك واجب شرعًا، وقال بعضهم: أراد به ما ليس من الرواتب، لكن وظّف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز جيش لقتال المشركين، ولم يكن في بيت المال [مال]، أو احتاج إلى فِداء أُسارىٰ المسلمين، فوظَّف على النَّاس مالاً لأجل ذلك، فهو واجب؛ لأن فيه طاعة الإمام فيما فعله لمصلحة المسلمين، فإذا ضمن عن رجل نصيبه من ذلك، صَحّ.

وأراد بالقسمة: نصيبه من الرواتب، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، وأراد به: النصيب، وأراد بالنوائب: غير الرواتب.

وقال بعضهم: أراد بالنائبة: أن الأسير إذا أراد الفداء، فضمن ذلك رجل بأمره، صح ضمانه، وإن أداه بأمره من غير ضمان، يرجع به عليه.

وأما الجبايات التي يُوظِّفها السلطان على الناس، قال بعضهم: تصح بها الكفالة؛ لأنه مطالب بها حِسًّا، فكان بمنزلة الدين الواجب، وعلى هذا قالوا: مَنْ قضىٰ نائبة غيره بإذنه، وهو غير مُكْرَهٍ في الأمر، يرجع به عليه وإن لم يشترط الضمان، والأَصَحُّ: أنَّه لا يَصِحّ الضمان بها، ولو أَدَّاه بأمره ولم يشترط الضمان، لا يرجع؛ لأنه ظلم في حق الآخذ والمأخوذ منه، فلا تصح بها الكفالة.

القول إذا قال لآخر: لك عليّ مئة إلى شهر فقال: لا، ولكنها حالّ

(**رجل قال لآخر: لك عَلَيَّ مئة درهم إلى شهر، فقال: لا، ولكنها حالٌّ، فالقول: قول المُقَرِّ له، ولو قال: كفلت لك عن فلان بألف درهم إلى شهر، وقال المكفول له: هي حَالَّة، فالقول قول المُقِرِّ**).

وقال الشافعي: القول: قول المُقِرِّ في الفصلين؛ لأن المال قد يكون حالًّا، وقد يكون مؤجَّلاً، فالإقرار بأحدهما لا يكون إقرارًا بالآخر، كما لو قال: لك عَلَيَّ كُرٌّ حنطة رديئة، وقال المُقَرُّ له: لا، بل هي جيدة، فالقول: قول المُقِرِّ[1].

ولنا: أن الأجل في الدَّيْن الواجب لا بعقد الكفالة، كالقرض، وثمن المبيع، والمهر، وقِيَم المُتلفَات ونحوها، عارضٌ لا يثبت إلَّا بالشرط؛ ولهذا يجب حالًّا عند الإطلاق، فإذا أنكر الأجل، فقد أنكر العارض، فكان القول قوله، بخلاف الكفالة، فإن الأجل يثبت في الكفالة من غير شرط؛ ولهذا لو كان الدين مؤجَّلاً على الأصيل، فقال الكفيل: كفلت لك عن فلان بألف درهم، كان كفيلاً بالمؤجَّل؛ لأن الكفالة لالتزام ما على الأصيل، فكان الأجل في الكفالة من باب النوع، والكفالة بأحد النوعين لا تكون كفالة بالآخر، وكذلك الجودة والرَّداءة في الحنطة نوعٌ، فالإقرار بأحدهما، لا يكون إقرارًا بالآخر.

---

(١) انظر: المنهاج ٢٨٤؛ رحمة الأمة ص٣٢٤.

اشترى جارية وكفل له إنسان بالدرك فاستحقت الجارية

(رجل اشترىٰ جارية، وكفل له إنسان بالدرك، فاستُحِقَّت الجارية، ليس للمشتري أن يرجع على الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع)؛ لأن بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع الذي جرىٰ بينهما؛ لاحتمال أن يُجيز المستحق، فلا يعود الثمن إلى ملك المشتري؛ ولهذا لو كان الثمن عبدًا، فأعتقه بائع الجارية بعد استحقاقها، نفذ إعتاقه، وكذا لو كان المشتري باعها من غيره، فاسْتُحِقَّت من يد الثاني، لم يكن للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني؛ كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، وما لم يجب الثمن على البائع، لا يرجع على الكفيل.

اشترى شيئًا وضمن له إنسان بالعهدة

(رجل اشترىٰ شيئًا وضمن له إنسان بالعهدة، فالضمان باطل)؛ لأن العهدة مجهولةٌ، تُذكَر ويُراد بها الصّك القديم، وأنّها ملك البائع، لا يجب تسليمها إلى المشتري، وتُذكَر ويُراد بها حقوق العقد، وتُذكَر ويُراد بها الدَّرَك، فما لم يُبيِّن، لا يجوز.

وهذه ثلاث مسائل: ضمان العُهْدَة، وضمان الدَّرَك، وضمان الخلاص، فضمان العهدة باطلٌ بالاتفاق؛ لِمَا قلنا، وضمان الدرك جائزٌ بالاتفاق. [١٧٨/أ]

واختلفوا في ضمان الخلاص: عند أبي حنيفة: ضمان الخلاص باطل، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: جائزٌ؛ لأن تفسيره: ضمان تسليم المبيع إن قدر عليه، وتسليم الثمن إن عجز عنه، وهذا هو ضمان الدَّرَك.

وأبو حنيفة يقول: تفسير ضمان الخلاص: تخليص المبيع وتسليمه إلى المشتري على كل حال، وذلك باطلٌ؛ لأنه التزم شيئًا لا يقدر عليه.

مسلم كسر لمسلم مِزْمَارًا أو دُفًّا

(مُسْلِمٌ كسر لمسلم بَرْبَطًا أو مِزْمَارًا، أو دُفًّا، فهو ضامن، وبيع هذه الأشياء جائز، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يَضمَن مُتلِفها، ولا يجوز بيعها)؛ لأنها أُعِدَّت للمعصية، فإتلافها يكون نهيًا عن المنكر، فلا يكون ضامنًا، كما في الخمر.

ولأبي حنيفة: أن هذه الأشياء مع أنها أُعِدَّت للمعصية، تصلح لغير المعصية، فيجوز الانتفاع بها من ذلك الوجه، فلا يبطل تقوُّمها، كالجارية المُغَنِّيَة، والحمامة الطيارة، ونحوهما، وإذا ضمن عنده، يضمن قيمتها صالحةً لغير المعصية في الدُّفِّ، ويضمن [قيمته] دُفًّا يُوضَع فيه القطن ونحوه، وفي البَرْبَط يضمن قيمته قَصْعَةً يجعل فيها الثريد.

(وكذا لو أهراق على مسلم سَكَرًا، أو مُنَصَّفًا، أو بَاذِقًا ونحوه، كان ضامنًا، وبيعها جائز، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن مُتلِفها، ولا يجوز بيعها؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**ما أسكر كثيره، فقليله حرام**»[1]، فيحرم بيعها وأكل ثمنها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في الخمر: «**إن الذي حَرَّم شربها حَرَّمَ بيعها وأكل ثمنها**»[2].

ولأبي حنيفة: أن العلماء اختلفوا في حرمة هذه الأشياء؛ لاختلاف الآثار فيها، على قول بِشْر ومن تابعه: يَحِلُّ شُربها، فأخذنا بالاحتياط، وقلنا: بأنَّه لا يَحِلُّ شُربها، أما المَاليَّة والتَّقوُّم، كان ثابتًا، فلا يبطل بالشك. والله تعالىٰ أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود من حديث جابر رضي الله عنه (٣٦٨١)؛ والترمذي (١٨٦٥)، وقال: «حسن غريب»؛ وابن ماجه (٣٣٩١)؛ والنسائي (١٨٦٥)، وغيرهم.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٧٩)؛ وأحمد في المسند، مع زيادة: (وأكل ثمنها) ١/٣٥٨؛ وأبو يوسف في الآثار ١/٢٨٨.

كتَابُ
القَضَاءِ

القول: قول الذي في يده بأنه عبده إذا كان صغيرًا

(رجل في يده صغيرٌ لا يُعبِّر عن نفسه، فيقول الرجل: هو عبدي، [فَشَبَّ] الغلام، وقال: أنا حُرٌّ، فالقول: قول الذي في يده، وهو عبدٌ له، وإنْ كان صغيرًا يُعبِّر عن نفسه، أو كان كبيرًا وهو في يده، فالقول: قول الذي ادَّعىٰ أنه حرٌّ)؛ لأن الصغير الذي لا يُعبِّر عن نفسه، بمنزلة الثوب والبهيمة؛ لأنه لا يقدر على حفظ نفسه، ولا يد له على نفسه، فكان القول فيه: قول صاحب اليد، وبعدما ثبت يده عليه، لا تزول إلَّا بحجة.

أما الكبير والصغير الذي يُعبِّر عن نفسه، له يدٌ على نفسه؛ لأنه يقدر على حفظ نفسه، وله عبارةٌ صحيحةٌ فيما ينفعه، نحو الإسلام، وقبول الهدية، والحُرِّية، مما ينفعه، فَيُقْبَلُ قوله في دفع المِلْك.

وإن كان كبيرًا أو صغيرًا يُعبِّر عن نفسه فقال: أنا عبدُ فلان، وصَدَّقَه فلان في ذلك، والذي في يده يقول: هو عبدي، كان القول فيه قول ذي اليد؛ لأنه لَمَّا أَقَرَّ على نفسه بالرق، فقد أقر أنه لا يَدَ له على نفسه، وإنما شهد بالملك لغيره، وشهادة الفرد لا تقبل خصوصًا إذا كان عبدًا، فكان القول فيه: قول ذي اليد.

ادعاء حائط متَّصل ببنائه ولآخر عليه هَرادي

(رجل ادَّعىٰ حائطًا هو متَّصل ببنائه، ولآخر عليه هَرادي، فهو لصاحب الاتصال).

أراد به: الاتصال على وجه التربيع: بأن يكون [إلصاق] لَبِن، كُلّ واحد منهما في الآخر؛ لأن الاتصال على هذا الوجه لا يكون إذا بنىٰ كل واحد من الحائطين على حدة، وإنما يتحقق إذا بناهما واحدٌ دفعةً واحدةً، ووضع الهرادي يكون بعد البناء.

ادعاء حائط لأحدهما اتصال ولآخر عليه جذوع

(**وكذا لو كان لأحدهما اتصال، ولآخر عليه جُذوعٌ، فصاحب الاتصال أولىٰ**)؛ لِمَا قلنا، غير أن في الفصل الأول: إذا قُضِي بالحائط لصاحب الاتصال، يُؤمَر الآخر برفع الهرادي، وفي الفصل الثاني: لا يُؤمر برفع الجُذوع؛ لأن وضع الجذوع مقصودٌ يبنىٰ الحائط لأجله، فجاز أن يكون حقًا مستحقًا لصاحب الجذوع في حائط غيره، وأما وضع الهرادي، ليس بمقصود [حتىٰ يبنىٰ] الحائط لأجله، فلا يجوز أن يكون حقًّا مستحقًّا له في ملك الغير، فيُؤمَر بالرفع.

ولو كان لأحدهما عليه جذوع، ولآخر عليه هرادي، وليس لأحدهما اتصال، فالحائط لصاحب الجذوع، وقال الشافعي: الحائط بينهما، له في ذلك: أن الجذوع إنما تُوضَع بعد البناء، فلا يستدل به على أصل البناء، بخلاف الاتصال.

ولنا: أن صاحب الجذوع مستعمل الحائط فيما هو مقصود؛ لأن الحائط يُبنىٰ لوضع الجذوع، أما صاحب الهرادي، صاحب تعلُّق لا استعمال له، فكان صاحب الجذوع أولىٰ، كرجلين تنازعا في دابة، لأحدهما عليها حمل، ولآخر مِخْلاةٌ معلَّقةٌ، كانت الدابة لصاحب الحمل.

حريم النهر إذا اختلف صاحب النهر مع جاره

(نهرٌ لرجل إلى جنبه مُسَنَّاة، ولرجل آخر خلف المُسَنَّاة أرض تلزقها، وليس بينهما شيء، وليست المُسَنَّاة في يد أحدهما، فهي لصاحب الأرض، ولا يحفرها حتى يسيل الماء.

وقال أبو يوسف ومحمد: المُسَنَّاة لصاحب النهر حريمٌ لمُلقىٰ طينه وغير ذلك).

[١٧٧/ب] من أصحابنا مَنْ جعل هذه المسالة فرعًا لمسألة أخرىٰ: رجل حفر نهرًا في أرض مَواتٍ، هل يستحق للنهر حريمًا، كما يستحق للبئر؟ على قول أبي حنيفة: لا يستحق، وعلى قولهما: يستحق.

ومنهم مَنْ قال: هذه مسألةٌ مبتدأةٌ، وللنهر حريم في قول أبي حنيفة؛ استدلالاً بالبئر.

واختلفوا في مقدار الحريم المستحق: قال بعضهم: مقدار عرض بطن النهر من الجانبين، من كل جانب نصفه، وقال بعضهم: مقدار بطن النهر من كل جانب.

وموضع الخلاف: إذا لم تكن المُسَنَّاة مشغولةً بحق أحدهما، وتكون موارية للأرض، فإن كانت مشغولةً، بأن كان عليها غِرَاسٌ لأحدهما، فهي لصاحب الشُّغل.

لهما: أن النهر لا يستغني عن الحريم، ولا ينتفع به بدونه، فكان الظاهر شاهدًا لصاحب النهر، فيُقضىٰ له؛ ولهذا كان له حق إلقاء الطين عليها، ويمنع صاحب الأرض من هَدْم المُسَنَّاة ورفعها.

ولأبي حنيفة: أن المُسَنَّاة تشبه الأرض صورةً ومعنًى، أما صورةً؛ فلأنها من جنس الأرض، ومواريةٌ للأرض، وأما معنًى؛ فلأنها تصلح لما تصلح به الأرض من الغَرْس والزرع ونحوه، فيُقضىٰ له عند الاشتباه، كالآجر مع المتسأجر إذا اختلفا في لوح موضوع في الدار، ومثله على السقف، يُقضىٰ به لصاحب الدار، وكذا لو اختلفا في مِصْراع باب موضوع في الدار، ومثله منصوب على الحائط، فإنه يُقضىٰ به لصاحب الدار.

وقوله: «صاحب النهر محتاجٌ إلى الحريم»، قلنا: الحاجة الأصلية: وهي حاجة تسييل الماء، تندفع بدون الحريم، مع أن الحاجة لا تدل على الملك، ألا ترىٰ أن صاحب العلو يحتاج إلى السفل، ثم لا يُقضىٰ له بالسفل عند المنازعة، وعدم ولاية الرَّفع لا تدل على عدم الملك؛ لجواز أن يمنع صاحب الملك من التصرف؛ لتعلُّق حَقِّ الغير به.

واختلف المشايخ: في ولاية إلقاء الطين عليها لصاحب النهر، قال بعضهم: ليس له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، بل ينتقل إلى مكان آخر، وقال بعضهم: له ذلك إذا لم يفحش.

وهل لصاحب الأرض أن يمنع صاحب النهر من المرور عليها؟ قال بعضهم: له ذلك، وقال بعضهم: ليس له ذلك، وإنما الخلاف في حق الغرس والزرع، عندهما: ذلك لصاحب النهر، وعند أبي حنيفة: لصاحب الأرض.

وكذا لو كان عليها غِراسٌ لا يُعرَف غارسها، عندهما: لصاحب النهر، وعنده: لصاحب الأرض.

أصل اليد تكفي للاستحقاق

(**دار، عشرة أبيات منها في يد رجل، وبيت في يد آخر، اختلفا في الساحة، فالساحة بينهما**)؛ لاستوائها في الحجة، وهو استعمال الساحة؛ لأن استعمالها إنما يكون بالمرور، ووضع الأمتعة، وكسر الحطب، وهما يستويان في ذلك، فيُقضىٰ بينهما، على أن أصل اليد تكفي للاستحقاق، ألا ترىٰ أنهما لو تنازعا في ثوبٍ، طرفٌ منه في يد أحدهما، وعامتُه في يد الآخر، فإنه يُقضىٰ به بينهما نصفان.

أرض ادّعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنها في يده

(**أرض ادَّعاها رجلان، كل واحد منهما يدَّعي أنها في يده، لم يُقضَ أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما**)؛ لأن القاضي لا يقضي إلَّا بحُجَّة، واليد على العقار مما لا يُشاهَد ولا يُعايَن، ولعلَّ أنها في يد غيرهما، فلا يُقضىٰ.

وكذا لو أَقَرَّ أحدهما أنها في يد صاحبه، لا يجعلها القاضي في يده؛ لاحتمال أنها في يد غيرهما، فيُقرِّ بذلك كاذبًا احتيالاً، لكن يُمنع المُقِرُّ من أن يزاحم المُقَرَّ له فيها؛ لأن إقراره حجة في حقه، (**وإن أقام أحدهما البينة أنها في يده، تُجعَل في يده**)؛ لأنه نَوَّرَ دعواه بالحجة، وهذه بينة قامت على الخصم؛ لأن الآخر ينازعه في اليد، فيُقضىٰ له باليد، (**ويُجعْل الآخر خارجًا**).

(**وإن أقاما البينة أنها في أيديهما، يقضي باليد لهما**)؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، وبينة كل واحد منهما قامت على الخصم؛ لأن كل واحد منهما ينازع صاحبه في اليد، (**فإن طلبا القسمة من القاضي، لم يُقسِّمها القاضي ما لم يقيما البَيِّنَة أنها لهما**).

(**وكل شيء في أيديهما سوىٰ العقار، إذا ادَّعَيا أنه لهما، وطلبا القسمة، فإن القاضي يُقسِّم**) وإن لم يقيما البينة على الملك، قالوا: هذا قول أبي حنيفة، أما على قولهما: القاضي يُقسِّم العقار أيضًا وإنْ لم يُقيما البينة على الملك، وهذه مسألة كتاب القسمة.

دار في يد ورثة زعموا أنها ميراث لهم وطلبوا القسمة

دارٌ في يد ورثة زعموا أنها ميراثٌ لهم عن أبيهم، وطلبوا القسمة من القاضي، فإن القاضي لا يُقسِّمها في قول أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على الميراث، وعلى قولهما: يُقسِّم، ويُشهِد أنَّه قسمها بإقرارهم.

لهما: أن إقرارهم صَحَّ بحكم اليد، والثابت بالإقرار الصحيح، كالثابت بالبينة، فيُقسِّمها بإقرارهم كما يُقسِّم المنقول، وكما لو قالا والدار في أيديهما: اشتريناها من فلان، وطلبا القسمة، فإن القاضي يُقسِّمها بينهما وإن لم يقيما البينة على الشراء. [١٧٩/أ]

ولأبي حنيفة: أن إقرارهم يضمن شيئين:

[أحدهما]: قيام ملك الميت؛ لأن التركة مبقاةٌ على حكم ملك الميت حتى يُقضىٰ منه ديونه، ويُنفَذ منه وصاياه، ولو حدثت فيها زيادةٌ بعد الموت، كانت الزيادة من مال الميت بمنزلة الأصل.

والثاني: ثبوت ولاية إبطال ملك الميت، ونقل مال الميت إليهما للقاضي، وذلك قضاءٌ لهما، فلا يثبت إلَّا ببينة، بخلاف ما إذا قالا: اشتريناها من فلان؛ لأن المبيع بعد البيع لا يبقىٰ على حكم ملك البائع، فلم تكن القسمة إبطالاً لملك البائع.

وذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: أن في فصل الشراء: لا يُقسِّم أيضًا في إشارة هذا الكتاب، ما لم يقيما البينة على الشراء؛ لأنهما أقرّا بأصل الملك للبائع، وقسمة العقار يفتقر إلى الملك، فلا يقسم.

وكذا لو ادعيا ملكًا مطلقًا، لا يُقسِّمها القاضي ما لم يقيما البينة على الملك؛ لأن بمجرد الدعوىٰ لا يثبت الملك لهما، وربما يكون الملك لغيرهما، وهما غاصبان، فإذا حضر المغصوب منه، يحتجان عليه بقسمة القاضي، ويثبتان القسمة عند قاضٍ آخر، بخلاف المنقول؛ لأن المنقول يُقسِّم لأجل الحفظ [والتَّحصين]؛ ولهذا كان للمودَعين قسمة المنقول لأجل الحفظ، أما العقار محصَنةٌ بنفسها، فالقسمة فيها يكون لتتميم المنفعة، فتعتمد قيام الملك.

(فإن كان أحدهما قد لَبَّن في هذه الأرض، أو بنىٰ، أو حفر بئرًا، فهي في يده)؛ لأنه ظهر استعماله، ومن ضرورة الاستعمال ثبوت اليد، فيقضي له باليد.

ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر وتنازعا فيه

(**ثوب في يد رجل، وَطَرَفٌ منه في يد آخر، تنازعا فيه، فهو بينهما نصفان**)؛ لأن اليد على البعض في كونه حجةً، بمنزلة اليد على الكل، ألَا ترىٰ أن الجالس على البساط يُقضىٰ له باليد وإنْ كان الجلوس على البعض، فإذا كان الثوب في أيديهما استويا في أصلِ الحجة، ووجدنا زيادةً في حق الآخر، والزيادة من جنس الحجة، لا توجب زيادة في الاستحقاق، كما لو أقام أحدهما شاهدين، والآخر أربعًا، فإنه يقضي بينهما على السواء.

عُلُوٌّ لرجل، وسُفْله لآخر فهل لصاحب السفل أن يضع فيه شيئًا؟

(**عُلُوٌّ لرجل، وسُفْله لآخر، فليس لصاحب السفل أن يَتِدَ فيه وَتَدًا، ولا أن ينقب كُوَّةً إلَّا برضا صاحب العُلُوِّ، وقال أبو يوسف ومحمد: يصنع فيه ما لا يَضُرُّ بالعُلُوِّ**).

وكذا لو تصرَّف صاحب العُلُوِّ في حائط العُلُوِّ، عندهما: لا يمنع إلَّا لضرر.

ولو تصرَّف صاحب السفل في ساحة السفل، بأنْ حفر بئرًا وما أشبه ذلك، عند أبي حنيفة: له ذلك وإن تَضَرَّرَ به صاحب العُلُوِّ، وعندهما: الحكم معلول بعِلَّة الضرر.

لهما: أن حائط السُّفْل ملك صاحب السفل، فكان الأصل هو الإطلاق، والمنع بعارض الضرر، فلا يمنع عند الاشتباه، كما لو باع نصيبه من العبد المشترك، يجوز، ولو كاتب نصيبه من العبد المشترك، كان لشريكه حق الفسخ.

ولأبي حنيفة: أن لصاحب العُلُوِّ حقًّا في حائط السفل؛ لأن قَرَارَه عليه، ولهذا يمنع من الهدم، وتعلُّقُ حق الإنسان بملك الغير يمنع المالك عن التصرُّف أصلاً، كما قلنا في الرهن؛ ولأن فتح الكُوَّةِ نَقْضُ بعض الجدار، والظاهر أنه يُوهِن البناء في الثاني، إنْ كان لا يُوهِنه في الحال.

وأما ساحة السفل خالصُ حَقِّ المالك، لا حقَّ لصاحب العُلُوِّ فيها، فكان له أن يتصرَّف فيها أيَّ تصرُّف شاء.

(زائغةٌ[1] مستطيلةٌ، انشعبت منها زائغةٌ مستطيلةٌ غيرُ نافذة، فليس لأهل الزائغة الأُوْلَىٰ أن يفتحوا بابًا في الزائغة القصوىٰ، فإن كانت الزائغة القصوىٰ مستديرةً قد لزق طرفاها، كان لهم أن يفتحوا بابًا)؛ لأن في الفصل الأول: الزائغة القصوىٰ سِكَّةٌ أخرىٰ، وصحنُها حقٌ لأهلها خاصةً، ليس لأهل الزائغة العليا فيها حق المرور؛ ولهذا لو بيعت دار في الزائغة القصوىٰ، لم يكن لأهل الزائغة العليا فيها حقّ الشفعة، وكانت الشفعة لأهل الزائغة القصوىٰ لسبب الشركة في الطريق، فإذا أراد واحدٌ من أهل الزائغة العليا أن يتخذ لنفسه طريقًا، يمنع.

أما الزائغة المستديرة ليست بسِكَّة على حدة؛ لأنها ليست على هيئة السِّكَّة، بل هي فضاء، واتِّساع للزائغة المستطيلة، والكل سِكَّةٌ واحدةٌ غير نافذة؛ ولهذا لو بيعت دار في الزائغة المستديرة، كان لأهل الزائغة العليا حق [١٧٨/ب] الشفعة؛ لسبب الشركة في الطريق.

ومن المشايخ مَنْ قال: في الفصل الأول: لا يمنع من فتح الباب أيضًا؛ وإنما يمنع من المرور في الزائغة القصوىٰ؛ لأن فتح الباب لا يكون إلَّا نقض بعض الجدار، والجدار ملكه، فلا يمنع من نقض البعض، كما لا يمنع من نقض الكل؛ ولهذا لو [نقب] كُوَّة لا يمنع، والأصح: أنه يمنع من تركيب الباب على الحائط في الزائغة القصوىٰ؛ لأنه إذا فعل ذلك وتَقَادَمَ العهد، ربما يدَّعي حق المرور في الزائغة القصوىٰ، ويستدل بذلك الباب، فيجعل القول قوله.

---

(١) الزائغة: من زاغ عن الطريق يزيغ: إذا عَدَل عنه، والمقصود: هو الميل والخروج بالبناء، والإحداث في حقوق العامَّة.

ولكل واحد من أهل الزائغة القصوىٰ أن يفتح لنفسه بابًا في الزائغة العليا في الفصلين؛ لأن الزائغة العُلْيا [مُمَرُّ الكلّ][١].

(عبد في يد رجل، أقام رجل البينة أنه عبده، غصبه [منه] الذي في يده، وأقام آخر [البينة] أنه عبده، أودعه الذي في يده، فإنه يقضىٰ بينهما)؛ لأنهما استويا في إثبات الملك واليد.

ادعى دعوى في دار فأنكر الذي في يده ثم صالحه

(رجل ادَّعىٰ دعوىٰ في دار، فأنكر الذي في يده، ثم صالحه، فهو جائز) عندنا، خلافًا للشافعي[٢]، والمسألة معروفة.

ادعى شراء دارٍ لاحقًا وأقام البينة على الشراء السابق

(رجل ادَّعىٰ دارًا في يد رجل، أنَّه وهبها له في وقت كذا، فسئل البينة، فقال: جَحَدَني الهبةَ، فاشتريتها، وأقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدَّعي فيه الهبة، لم تُقبَل)؛ لأنه لما قال: جحدني الهبة، فاشتريتها، فقد ادَّعىٰ شراءً لاحقًا، فإذا أقام البينة على الشراء السابق، كان متناقضًا، فلا يُقبَل.

دار في يد رجل، ادَّعىٰ رجل أنه اشتراها من فلان، [وأنَّ له] بينة، وقال الذي في يده: الدار لفلان أودعنيها، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما توافقا على وصول الدار إليه من جهة الغائب، إما بحق، أو بغير حق، فكانت يده يد غصب أو وديعة، والغاصب والمودَع لا يكون خصمًا لمدّعي الملك المطلق.

قول المدعي: اشتريتها من فلان وأمرني بقبضها منك

وذكر في الشهادات: لو قال [المُدَّعي]: اشتريتها من فلان، وأمرني بقبضها منك، لا تندفع الخصومة؛ لأنه لمّا ادَّعىٰ الأمر، فقد ادَّعىٰ القيام مقام الغائب، فلا تندفع الخصومة، كما لو ادَّعىٰ أنه أمره بالقبض، ولم يدع الشراء.

---

(١) في أ (بين الكل)، والمثبت من ب، د.

(٢) انظر: المنهاج ص٢٦١.

رجل قال لغيره: اشتريت مني هذه الجارية، فأنكر الشراء، فأجمع البائع على ترك الخصومة، وَسِعَه أن يطأها؛ لأنَّ [جحود][١] الشراء فسخٌ للعقد؛ لأنه ينكر العقد بينهما فيما سبق، ومن ضرورته انتفاء العقد في الحال، فيجعل كلامه رَفْعًا، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة، وإمساك الجارية، فقد ساعده في الفسخ، فتم الفسخ بتراضيهما، فيَحِلُّ له الوطء.

أقرّ أنه قبض من فلان عشرة، فزعم أنها زيوف

رجل أَقَرَّ أنه اقتضىٰ[٢] من فلان عشرة دراهم، ثُمَّ جاءه، فزعم أنها زُيوفٌ، أو نبهرجةٌ، صُدّق، ولو قال: وجدتها سَتوقةً، (أو رَصَاصًا)[٣]، لا يُصدَّق؛ لأنه أقر بقبض الدراهم، [والزيوف]، والنبهرجة من جنس الدراهم، إلَّا أنها مَعيبةٌ، فلم يكن متناقضًا في كلامه، فيقبل قوله؛ لإنكاره قبض حقه، كما لو قال: غصبت من فلان عشرة دراهم، ثم ادَّعىٰ أنها زيوفٌ، أو نبهرجةٌ، قبل قوله؛ لِمَا قلنا: أنه ما أقر بقبض الجياد، أما السَتوقة ليست من جنس الدراهم، فلا يُصَدَّق.

وإذا أقرَّ بقبض حقه أو أقرَّ بالاستيفاء، ثم ادَّعىٰ أنها زيوف، أو نبهرجة، لا يقبل؛ لأنه متناقض، أما إذا أقر بقبض الجياد فظاهر، وكذا إذا أقر بقبض حقه؛ لأن حقه في الجياد، فالإقرار بقبض الحق إقرار بقبض الجياد، وكذا إذا أقر بالاستيفاء؛ لأن الاستيفاء عبارة عن [قبض الحق][٤].

---

(١) في أ (منكر)، والمثبت من ب، د.

(٢) في ب (قبض).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

(٤) في أ (القبض)، والمثبت من ب، د.

قال لغيره: لك عليّ ألف، فقال المقر له: لا شيء لي عليك

رجل قال لغيره: لك عَلَيَّ ألف درهم، فقال المُقَرُّ له: لا شيء لي عليك، ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألف درهم، فليس له عليه شيء؛ لأن الإقرار خالصُ حق المُقَرِّ له، فيتمكَّن من إبطاله، وإذا كذَّبه فقد أبطله، فإذا عاد إلى التصديق عاد بعدما بطل الإقرار، فبَقِيَ مدعيًا، فلا يقبل قوله من غير حجة.

بخلاف ما إذا أقر بالبيع فكذَّبه، ثم أقر في مكانه بالبيع، حيث يصح؛ لأن البيع حقهما، فلا ينفسخ بجحود [المشتري][1]، فإذا عاد إلى التصديق، عاد، والبيع قائم، فصح تصديقه.

ادعى على رجل مالاً فقال المدعى عليه: ما كان لك عَلَيَّ شيء قط

(رجل ادَّعىٰ على رجل مالاً، فقال المدعىٰ عليه: ما كان لك عَلَيَّ شيء قط، فأقام المدعي البينة على المال، ثم أقام المدعىٰ عليه بينة على القضاء، قُبِلت بينته)، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا تُقبَل؛ لأنه متناقض؛ لأنه أنكر وجوب المال أولاً، والقضاء: أداء الواجب، فيكون متناقضًا.

ولنا: أن التوفيق ممكن، بأن يقول: ما كان له عَلَيَّ شيء، وقد ادَّعىٰ قبل هذا باطلاً فقضيته دفعًا للشَّغَب، أو يقول: صالحته على مال دفعًا للخصومة، أو فداءً عن اليمين، وقضيته بعد الصلح.

وهذه ثلاث مسائل: أحدها هذه.

[١٨٠/أ] والثانية: أن يقول المدعىٰ عليه أولاً: ليس لك عَلَيَّ شيء، فأقام المدعي البينة على المال، ثم أقام المدعىٰ عليه بينةً على القضاء أو الإبراء، قبلت بينته؛ لِمَا قلنا، بل أولىٰ؛ لانعدام التناقض أصلاً.

---

(١) في أ (أحدهما)، والمثبت من ب، د.

والثالثة: (**أن يقول المدعىٰ عليه : ما كان لك عَلَيَّ شيء قط، ولا أعرفك، فأقام المدعي البينة على المال، ثم أقام المدعىٰ عليه بينة على القضاء أو الإبراء، لا تقبل بينته**)؛ لعدم إمكان التوفيق، فإنه لا يتصور أن يكون بين الرجلين خصومة ومصالحة، وقضاء وإبراء، وأحدهما لا يعرف الآخر.

وروىٰ القدوري عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: أنه تقبل بينته أيضًا؛ لإمكان التوفيق، فإن الرجل قد يدّعي على رجل محتجب مالاً، ويؤذيه بالشغب على نائبه، فيأمر بعض وكلائه بالقضاء دفعًا للشغب، فعلىٰ هذا قالوا: لو كان المدعىٰ عليه ممن يتولىٰ الأعمال بنفسه، لا تقبل بينته.

ودلت هذه المسائل على أنه إذا أمكن التوفيق بين الكلامين، يوفق من غير دعوىٰ التوفيق، وذكر في بعض المواضع وشرط دعوىٰ التوفيق لقبول البينة، وسنذكر إن شاء الله تعالىٰ.

(**رجل ادَّعىٰ على رجل أنه باعه جارية، فقال المدعىٰ عليه : لم أبعها منك قط، فأقام المدعي البينة على الشراء، فوجد بها أصبعًا زائدةً، وأراد أن يردها، فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب، لا تقبل**)؛ لمكان التناقض؛ لأن البراءة عن العيب، [تعيين للعقد] من اقتضائه صفة السلامة إلى غيرها، وتعيين صفة العقد بدون العقد لا يتصور، فتبطل دعواه، فلا تقبل بينته، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثَمَّة التوفيق ممكن من الوجه الذي ذكرنا.

وعن أبي يوسف: أنه تقبل بينة البائع، كما في فصل [الدين. والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

بَابُ
القَضَاءِ فِي الأَيْمَانِ

لا يمين في حدٍّ إلَّا في السرقة

(لا يمين في حَدٍّ، إلَّا أن السارق يستحلف، فإن نَكَل [عن اليمين][1] **ضمن ولا يقطع)**؛ لأن فائدة الاستحلاف: النُّكول، والنُّكول بدلٌ، أو إقرارٌ فيه شبهة، وذلك لا يصلح حجَّةً في الحدود؛ لأنها [لا] تثبت على الدرء، ولأن من الحدود ما لو رجع فيه عن الإقرار، صَحَّ رجوعه، فلا يقضىٰ عليه بالنُّكول.

إلَّا أنَّ السَّارق يستحلف، فإن نكل، يقضىٰ عليه بالمال دون القطع؛ لأن المقصود من دعوىٰ السرقة: استخراجُ المال، والنكولُ يصلح حجَّةً في المال، فيقضىٰ بالمال، كما لو ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين، يقضىٰ بالمال ولا تقطع.

لا يمين في نكاح ولا رجعة ولا ادعاء نسب

(ولا يمين في نِكَاحٍ، ولا رَجْعَةٍ، ولا في إِيْلَاءٍ، ولا رِقٍّ، ولا وَلَاءٍ، ولا ادِّعَاءِ نَسَبٍ، ولا لِعَانٍ)، والمسألة معروفة.

عند أبي حنيفة: الاستحلاف لا يجري في الأشياء الستة، ويكون القول قول المدعىٰ عليه من غير يمين، **(وعندهما: يجري إلَّا في اللعان إذا ادَّعت المرأة على زوجها قذفًا موجبًا للعان)**.

---

(١) ما بين القوسين، زيدت من الجامع الصغير (مع النافع الكبير) للكنوي، ص٣٨٨.

(وهذا إذا تجرد الدعوىٰ عن المال)[1]، بأن ادَّعىٰ رجل على امرأة أنه تزوَّجها وأنكرت المرأة ذلك، أو ادَّعىٰ بعد انقضاء العدة أنه راجعها في العدة، وأنكرت المرأة ذلك، أو ادَّعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، أو ادَّعىٰ الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة، وأنكرت المرأة، أو ادَّعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، أو ادَّعىٰ على مجهول أنه عبده، أو ادَّعىٰ المجهول ذلك، واختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة وولاء الموالاة، أو ادَّعىٰ على رجل أن المدعىٰ عليه ولده، [أو والده].

أو ادَّعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه هذا الولد، أو ادَّعت أنها ولدت منه ولدًا وقد مات الولد؛ فإنها أم ولد له عند أبي حنيفة، لا يستحلف المنكر، وعندهما: يستحلف، فإذا نكل يقضىٰ بالنُّكول.

وفي اللعان لا يستحلف في قولهم، وصورته: ادَّعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفًا موجبًا للعان، وأنكر الزوج، لا يستحلف، وهذا [كلُّه] إذا لم يكن المقصود مالاً.

الاستحلاف في دعوى المال

أما إذا كان المقصود دعوىٰ المال، (**بأن ادَّعت امرأة على رجل أنه تزوجها، وطلقها قبل الدخول بها، ولها عليه نصفُ المهر، وأنكر، يستحلف في قولهم [جميعًا]، فإن نكل يقضىٰ عليه بنصف المهر**)، وكذا لو ادَّعىٰ على رجل أن المدَّعِي أخ المدعىٰ عليه، مات أبوهما وترك في يد المدعىٰ عليه مالاً، وطلب من القاضي فرض النفقة على المدعىٰ عليه بسبب الأخوة؛ فإنه يستحلف على السبب بالإجماع، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضىٰ بالمال، ولا يقضىٰ بالنسب.

---

(١) هنا في ب، د (يستحلف في ذلك كله، إلَّا في اللِّعان، وصورة ذلك).

وكل شيء ادَّعىٰ رجل على رجل من عمد دون النفس، فنكل، يقتص، وإن نكل في النفس، يحبس حتى يقر، أو يحلف، وقال أبو يوسف ومحمد: في النفس وغيرها: إذا نكل يقضي عليه بالأرش، ولا يقتص، وهي تعرف في «المختلف».

التحليف يكون بقدر العلم

(رجل ورث عبدًا، فادعاه آخر، يستحلف على علمه.

وإن وهب له عبد وقبضه، أو اشترىٰ عبدًا، فادعاه آخر، فإنه يستحلف على البتات)؛ لأن التحليف إنما يكون بقدر العلم، أصله حديث القسامة.

[١٧٩/ب] والمشتري والموهوب له ملك المال؛ بسبب موضوع للملك، وعند قيام سبب الملك، يحصل له العلم بأنه ملكه، فيحلف على البتات.

أما الوارث، لا علم له بما صنع المورث، ولعل المال كان أمانة في يده، فلو حلف على البتات، يتضرر، فيحلف على العلم.

الصلح والفداء عن اليمين

(رجل ادَّعىٰ على آخر مالاً، فافتدىٰ يمينه بعشرة دراهم، أو صالحه منها على عشرة دراهم، فهو جائز، وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدًا).

أما جواز الصلح والفداء عن اليمين، مروي عن عثمان وحذيفة رضي الله تعالىٰ عنهما؛ ولأن المدعىٰ عليه بدل المال لدفع القيل والقال، والمدعي أخذه عوضًا عن إسقاط حقه، وهي اليمين، فيجوز وإن لم يكن الحق مالاً، كما لو صالح عن القصاص، وإذا بطل حقه في اليمين، لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك.

وبه فارق الشراء، فإنه لو اشترىٰ يمينه بعشرة دراهم، لم يجز، وكان له أن يستحلفه؛ لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليس بمال. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
القَضَاءِ فِيْ الشَّهَادَةِ

رجل في يديه شيء يَسَع أن يشهد له

(رجل في يديه شيء ـ سوىٰ العبد والأمة ـ، وَسِعَكَ أن تشهد أنه له)؛ لأن اليد دليل الملك، لا يعرف الملك إلَّا به، فإن الإنسان، وإن عاين البيع وغير ذلك، لا يعلم ملك المشتري إلَّا بملك البائع، وإنما يعلم ملك البائع باليد، فلو لم يجز أداء الشهادة بحكم اليد، يَنْسَدُّ باب الشهادة، والشهادة حجَّةٌ بالإجماع.

ولا يشترط انضمام التصرُّف إليها؛ لأن يد التصرُّف قد تكون بغير ملك أيضًا، فيُجعَل نفس اليد دليلاً، إلَّا في العبد والأمة؛ لأنَّ الحُرَّ قد يخدم الحُرَّ، كأنه عبده، وأمكن إزالة هذا الاحتمال بتحكم الإقرار بالرِّقِّ، فلم يسقط اعتبار الاحتمال منهما، حتى لو عُرِف أنَّه رقيقٌ، وسعك أن تشهد بحكم اليد أنه ملكه؛ لأن الرقيق لا يد له على نفسه، فلا يعتبر إقراره.

فإذا حلّت الشهادة بحكم اليد، فإنَّما تقبل شهادته إذا أطلق الشهادة، ولم يضفها إلى اليد، وإن أضاف الشهادة إلى اليد، فقالوا: يشهد أن هذا ملك فلان؛ لأنا رأيناه في يده، لا تقبل؛ لأن اليد مع أنها محتملة، جعلت حجة للشهادة لمكان الضرورة، فإذا نسب الشهادة إلى اليد، والشهادة محتملة أيضًا، يزداد الاحتمال، فلا يقبل.

ولو كان القاضي عاين يده في حال قضائه، حَلَّ له أن يقضي كما يحِلُّ للشاهد أن يشهد.

رجلان شهدا أن أباهما أوصى إلى رجل والوَصِيّ يدّعي

(رجلان شهدا أن أباهما أوصىٰ إلى [هذا الرجل، والوَصِيّ] يدَّعي، فهو جائز)، وهذه خمس مسائل: إحداها: هذه، والثانية: إذا شهد الموصىٰ لهما أن الميت أوصىٰ إلى هذا الرجل، والثالثة: إذا شهد غريمان لهما على الميت دَينٌ، أن الميت أوصىٰ إلى هذا الرجل، والرابعة: إذا شهد غريمان عليهما للميت دَينٌ، أن الميت أوصىٰ إلى هذا الرجل.

فإن كان الموت معروفًا، والوصي يدَّعي الوصاية، جازت شهادتهما استحسانًا، ولا تجوز قياسًا.

وجه القياس: أن هذه شهادةٌ قامت للشاهد أو لأبيه، فلا تُقبَل، كما لو كان الوصي يجحد الوصاية، أو لم يكن الموت معروفًا؛ ولهذا لو شهدا أن أباهما وكّل هذا بقبض ديونه بالكوفة، لا تقبل، سواء كان يدَّعي الوكيل ذلك أو يجحد.

وجه الاستحسان: أن القاضي يملك نصيب الوصي إذا كان الموت ظاهرًا، والوصي يدَّعي، فما أثبتا للقاضي؛ ولأنه لم يكن بل أسقطا مؤونة تعيين الوصي عن القاضي، بخلاف الوكالة؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبتت الولاية، إنما تثبت بهذه الشهادة، وقد تمكنت التهمة في هذه الشهادة.

بخلاف ما إذا كان الوصي يجحد، أو لم يكن الموت ظاهرًا؛ لأنه لا يملك نصب الوصي، وتعيين هذا الشخص خيرًا، فلا تثبت بهذه الشهادة؛ لمكان التهمة، إلَّا في الغريمين عليهما للميت دَينٌ؛ لأنهما أقرَّا على أنفسهما بثبوت ولاية القبض، فانتفت التهمة عن شهادتهما.

(المدعىٰ عليه أقام البينة أن المدعي استأجر الشهود، لم تقبل)؛ لأن الشهادة جُعِلت حجةً لمكان الضرورة؛ لإحياء حق الشرع، أو حق العبد، والشهادة على الجرح المجرَّد، لا يوجب القضاء بحق من الحقوق، حتى لو تضمن بأن قال: هم زُنَاةٌ، أو قال: صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ بهذه الشهادة، ودفعتُ المال إليهم، قُبِلت؛ لأن فيه إيجابُ ردِّ المال، ولو قال: [لم أدفع إليهم] المال، لا تُقبَل؛ لِمَا قلنا؛ ولأن هذا يؤدِّي إلى التَّهَاتر وسَدِّ باب الشهادة، بأن يقيم الخصم بينةً على أن المدَّعِي استأجر شهوده، فلا تقبل.

وذكر الخصاف رحمه الله تعالىٰ: أن الشهادة على الجرح المجرَّد مقبولةٌ، ولذلك تأويلان: أحدهما: أن يقيم البينة على إقرار المدعي بذلك، أو كانت شهود الجرح يصلحون للتزكية، فيصير ذلك بمنزلة شاهد زكَّاه، تفرَّد وجرحه [١٨١/أ] نفرٌ، فكان الجرح أولىٰ.

شهادة العمال

(شهادة العُمَّال جائزةٌ).

من المشايخ من قال: أراد بذلك: عُمَّال السلطان، وهو الذي بعثه السلطان في أخذ الحقوق الواجبة، كالخراج، وزكاة السوائم ونحوه، أما الذي [يعينه] على أخذ الحرام، لا تقبل شهادته.

ومن المشايخ من قال: إذا كان العامل وجيهًا ذا مروءة، لا يجازف في كلامه، جازت شهادته؛ لأن الظاهر من حاله أن يأنف عن الشهادة الباطلة.

وقيل: أراد بالعُمَّال: الذين يعملون بأيديهم، ويؤاجرون أنفسهم؛ لأن من الناس مَنْ لا تقبل شهادة هؤلاء، وإنما أورد هذه المسألة ردًّا على ذلك القائل؛ لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث: «**أفضل الناس عند الله، من يأكل من كسب يده**»[1]؛ فلا يوجب ذلك جرحًا.

وشهادة العميان باطلةٌ؛ لأنه لا يُميِّز بين المدعي والمدعىٰ عليه.

رجل شهد ولم يبرح حتى قال: أوهمت بعض شهادتي

(**رجل شهد ولم يبرح حتى قال: أُوهِمت بعض شهادتي، فإنْ كان عدلاً، ظهرت عدالته عند القاضي، أو سأل عنه فقيل: إنه عدل، جازت شهادته**)؛ لأن الشاهد قد ينسىٰ بعض شهادته، أو يجري على لسانه ما لم يكن عنده؛ لمهابة مجلس القضاء، فإذا تدارك [في مجلسه] وهو عدلٌ، صُدِّق.

فعلىٰ هذا قالوا: لو نسي بعض الحدود، أو بعض النسب، ثم تدارك في مجلسه قُبلت شهادته، وإن بَرِح عن مكانه ثم قال: أُوْهِمْت، لا تقبل؛ لاحتمال أن المدَّعي لقَّنه تلك الزيادة، فكان متَّهمًا، وهذا إذا كان الموضع موضع الشبهة، [فإن لم يكن موضع الشُّبهة: بأن لم يكن كلامه شهادة بدون الزِّيادة]، لا بأس بإعادة الكلام أصلاً، كما لو ترك لفظة الشهادة ونحوها، جازت شهادته وإن بَرِح عن مكانه إذا كان عدلاً.

رجلان شهدا على رجل بقرض، وأحدهما شهد أنه قضاها

(**رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم، وشهد أحدهما أنه [قد] قضاها، وقال المدعي: لم يقض، جازت شهادتهما على القرض**)، ويقضي القاضي عليه بالألف.

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وإنما المعروف: ما رواه البخاري عن المقدام عن النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم أنه قال: «ما أكل أحد طعامًا قط، خيرًا من أن يأكل من عمل يده، وإن نبيَّ الله داود عليه السَّلام كان يأكل من عمل يده» (١٩٩٦).

وقال زفر: لا يقضي بهذه الشهادة، وبه أخذ الطحاوي رحمه الله تعالىٰ؛ لأن في زعم أحد الشاهدين: أنه لا شيء على المدعىٰ عليه في الحال؛ ولأنَّ المُدَّعِي كَذَّبَ أحد شاهديه، فبطلت شهادته.

ولنا: أنهما اتفقا على الدَّين، وتفرَّد أحدهما بالقضاء، فيُقضىٰ بما اتفقا عليه، ولا يُقضىٰ بما تفرَّد أحدهما؛ لأن شهادة الواحد شطرُ الحجة. وقوله: بأن المدَّعي كذّب أحد شاهديه، قلنا: لم يكذب أحد شاهديه فيما شهد له، وإنما كذبه فيما شهد عليه، وذلك لا يقدح في شهادته.

شهدا على رجل بمال أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة

(شاهدان شهدا على رجل بمال، فشهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة، والمدعي يقول: لم يكن لي عليه إلَّا ألف درهم، فشهادة من شهد بألف وخمسمائة باطلةٌ)؛ لأن المدعي كذَّبه في بعض ما شهد له، وتكذيب الشَّاهد تفسيقٌ، فيكون مبطلاً للشهادة، بخلاف ما إذا كذَّب المقِرُّ في بعض ما أقرَّ، حيث يصح إقراره بالباقي؛ لأن في تكذيب المقرِّ وإن كان تفسيقًا، إلَّا أن الفسق لا يمنع صحة الإقرار.

ولو قال المدعي بعد هذه الشهادة: كان لي عليه ألف وخمسمائة، إلَّا أني أبرأته عن الخمسمائة، أو استوفيتها، جازت شهادتهما على الألف؛ لانعدام التفسيق.

ولو سكت المدعي بعد هذه الشهادة ولم يقل شيئًا، لا تقبل؛ لأن التَّكذيب ثابتٌ ظاهراً، فلا تُقبل من غير [توثيق][1].

فإن ادَّعىٰ ألفًا وخمسمائة، فشهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة، جازت شهادتهما على الألف؛ لأنهما اتفقا على الألف، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما أتفقا عليه؛ لأنه لا تكذيبَ فيه.

---

(١) في الأصل (توفيق)، والمثبت هو ما يدل عليه السياق.

فرق بين هذا وبين ما إذا ادَّعىٰ خمسة عشر، فشهد أحدهما بعشرة، والآخر بخمسة عشر، حيث لا يقضىٰ بشيء في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده: الموافقة من حيث اللفظ شرطٌ بين الشهادتين، ولم يُوجَد؛ لأن خمسة عشر تُذكَر من غير حروف العطف، فكانت كلمةً واحدةً، وهي غير العشرة، فلم توجد الموافقة، أما ألفٌ وخمسمائة، تُذكَر بحرف العطف، فكانتا كلمتين، فقد وجدت الموافقة في كلمةٍ واحدةٍ.

وإنْ شهد أحدهما بألف، والآخر بألفين، لم تُقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة على كل حال؛ لأن الألف غير الألفين، فلم تُوجَد الموافقة.

أما على قولهما: إن كان المدعي يدَّعي أقلَّ المالين، فكذلك؛ لأن المدعي كَذَّبَ أحد شاهديه في الزيادة، وإن كان المدعي يدَّعي أكثر المالين، جازت شهادتهما على الألف؛ لأن في الألفين ألفٌ وزيادةٌ، فقد اتفقا على ألف، فثبتت ما اتفقا عليه.

ولأبي حنيفة: أنهما اختلفا في المشهود به؛ لأن الألف غير الألفين، فلم تتِمَّ الشهادة على شيء.

وقولهما: في الألفين: ألف وزيادة، قلنا: نعم، إذا ثبت الألفان، ثبت الألف في ضمنه، وإذا لم يثبت المتضمِّن، لا يثبت ما في ضمنه، كما لو شهد أحدهما أنه قال لها: أنت خليّة، وشهد الآخر أنه قال لها: أنت بَرِيَّة، هذا إذا لم يدَّعِ عقدًا. [١٨٠/ب]

الشهادة المختلفة في دعوى العقد: هي ثمان مسائل:

فإن كان [ذلك] في دعوىٰ العقد، فهي ثمان مسائل: البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والخُلْعُ، والصلح عن دم العمد، والنكاح.

أما في البيع، إذا شهد أحدهما أنه اشترىٰ عبدَ فلانٍ بألف درهم، وشهد الآخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة، لم تُقبل هذه الشهادة، سواء كان المدعي يدَّعي الشراء بألف، أو بألف وخمسمائة، وسواء وجد الدعوىٰ من البائع، أو من المشتري؛ لأن دعوىٰ الشراء قبل التسليم دعوىٰ العقد، والعقد بألف غير العقد بألفين، فإذا لم يتفقا على الثمن، لم يثبت أحد العقدين.

والإجارة قبل استيفاء المنفعة ومُضِي المدة، بمنزلة البيع قبل التسليم، وإن كان ذلك بعد مُضي المدة واستيفاء المنفعة، فهو دعوىٰ الدَّين، والكلام فيه قد مضىٰ.

والكتابة بمنزلة البيع إنْ كانت الدعوىٰ من العبد؛ لأنه يدَّعي العقد، وإن كان الدعوىٰ من المولىٰ، لا تُقبل؛ لأن العقد غير لازم في حق العبد، بل هو متمكِّنٌ من الفسخ بالتعجيز.

وفي الرهن، إنْ كانت الدعوىٰ من الراهن، لم تقبل [شهادتهما][1]؛ لأنه غير لازم في حق المرتهن، فلا يفيد، وإن [كانت الدعوىٰ] من المرتهن، فهو بمنزلة دعوىٰ الدَّيْن؛ لأن الرهن لا يكون إلَّا بعد تقدُّم الدَّيْن، وعقد الرهن غير لازم في حق المرتهن، فتقبل البينة في حق ثبوت الدَّين، ويثبت الرهن بألف ضمنًا وتبعًا للدَّين.

وفي العتق على مال، والخلع، إنْ كانت الدعوىٰ من العبد والمرأة، فهي دعوىٰ العقد، وإنْ كانت الدعوىٰ من المولىٰ والزوج، فهي دعوىٰ الدَّين؛ لأن العتق والطلاق وقع بإقرار المولىٰ والزوج، فيبقىٰ مدعيًّا عليه المال، فكان بمنزلة دعوىٰ الدَّين.

والصلح عن دم العمد بمنزلة الخلع.

---

(١) في أ (الدعوىٰ)، والمثبت من ب، د.

وفي النكاح، من المشايخ مَنْ ذكر في «الجامع الصغير»: إذا شهد أحد الشاهدين بالنكاح بألف، والآخر بألفٍ وخمسمائة، على قول أبي حنيفة: يقضىٰ [بالعقد] بألف، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يقضىٰ، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في «شرح الجامع الصغير».

لهما: أنهما اختلفا في بدل العقد، فلا يقبل، كما في البيع، ولأبي حنيفة: أن المقصود من النكاح: ملك البضع، والمال فيه تبعٌ؛ ولهذا يصِحُّ من غير ذكر المهر، ويملك النكاح مَنْ لا يملك التصرُّف في المال، وقد اتفق الشاهدان على ملك البضع، فيُقضىٰ بما اتَّفقا عليه.

ومن المشايخ مَنْ قال: على قولهما: لا تقبل هذه الشهادة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: الجواب فيه على التفصيل: إن كان المدعي هو الزوج، لم تقبل، وإن كان الدعوىٰ من قِبَلِ المرأة، تقبل، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في «شرح المبسوط».

شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور وباطل

(**شاهدان أَقَرَّا أنهما [شَهِدَا بِزُوْرٍ] وباطلٍ، قال: لا أضربهما، وقال أبو يوسف ومحمد: يُعزِّرهما**)؛ لأنه ارتكب كبيرةً يتعدَّىٰ ضررُها إلى الناس، وليس فيها حدٌّ مقدَّرٌ، فيُعزَّر؛ ليكون مانعًا عن العود إليها.

ولأبي حنيفة: ما رُوي عن شُرَيْحٍ رضي الله تعالىٰ عنه: أنه كان يُشهِّر ولا يضرب.

وصورة التشهير: أن يبعث القاضي به إلى سوقه إن كان سوقيًا، وإلى محلته إن لم يكن سوقيًا، ويقول: القاضي يقرئكم السلام، ويقول: إن هذا شاهد زُوْرٍ، فاحْذَرُوْه، وحَذِّرُوا الناس عنه، والمَرْوِي عنه كالمَرْوِي عن عمر رضي الله تعالىٰ عنه، وعلي أيضًا رضي الله تعالىٰ عنه؛ لأنه كان قاضيًا في زمانهما؛ ولأن المقصود دفع هذا النوع من الفساد، وذلك يحصل بالتشهير؛ لأنه إذا صار معروفًا عند الناس بذلك، لا يعتمد على شهادته، ولا يستشهد.

ولا يُسَخِّمُ وجهه؛ لأنه يُخِلُّ بالتشهير، ولا يُعَزِّره؛ لأنه لما أقرَّ بالشهادة الباطلة طائعًا، فقد تاب عمّا فعل، والظاهر أنه لا يعود [فلا يُعَزَّر] لزجره، وفيه منع الغير عن الرجوع عن الشهادة الباطلة.

شاهدان شهدا على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا في لونها

(شاهدان شهدا على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا في لونها، قبلت شهادتهما، وتقطع، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل) [شهادتهما]، قال الكرخي رحمه الله تعالىٰ: هذا في لونين يتشابهان، كالسواد والحمرة، أو الحمرة والصفرة، أمَّا في اللونين لا يتشابهان، كالسواد والبياض، لا تُقبل [الشَّهادة] في قولهم، وغيرُه من المشايخ: جعل الكلَّ على الاختلاف.

لهما: أنهما شهدا بسرقتين مختلفتين؛ لأن سرقة السواد غير سرقة البياض، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة، كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة، واختلفا في قيمة البقرة، أو شهدا على غصب بقرة واختلفا في لونها.

ولأبي حنيفة: أنهما اختلفا فيما لم يُكلَّفا نقله، والتوفيق ممكنٌ، فلا يمنع القبول، كما لو اختلفا في ثياب السارق عند السرقة، وإنما قلنا ذلك؛ لأنهما لو سكتا عن اللون، جازت شهادتها، بخلاف [بيان] القيمة؛ لأن ذلك [١٨٢/أ] من نفس الشهادة، حتى يُعلَم أنها كانت نصابًا أم لا، والتوفيق ممكنٌ؛ [لأن البقرة] قد تجتمع فيها لونان، فيكون أحد طرفيها أسود، والآخر أبيض، فوقع بصر كل واحد منهما على [أحد الجانبين]، وقد مسّت الحاجة إلى التوفيق؛ لأنَّ تحمُّل الشهادة على السرقة يكون في ظلم الليالي من بُعْدٍ، بخلاف الذكورة والأنوثة؛ لأنهما لا يجتمعان في ذاتٍ واحدةٍ، وبخلاف الغصب؛ لأن الغصب يكون بالنهار، والشاهد يكون قريبًا من الغاصب، فلا يشتبه عليه.

شهادة النساء مع الرجال
والشهادة على الشهادة

(شهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة جائزة في كل شيء، إلَّا في الحدود والقصاص)، وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلَّا في المال، وما كان تبعًا للمال، حتى لا تقبل في النكاح[(١)].

وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص عند الشافعي.

أما الكلام في الفصل الأول: معروف في «المختلف».

أما الكلام في الفصل الثاني: فحجَّته: أن الشهادة على الشهادة، شهادة الرجال، فتقبل في الحدود والقصاص، كشهادة الأصول.

ولنا: في الشهادة على الشهادة زيادةُ تُهْمة، وهي تُهْمة عدم الإشهاد من الأصول، مع احتمال الكذب في شهادة الأصول، فلا تُقبل في الحدود والقصاص، كشهادة النساء.

(ولا تجوز الشهادة على الشهادة إلَّا أن يكون المشهود على شهادته مريضًا لا يستطيع أن يحضر مجلس القضاء، أو يكون على مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، أو يكون ميتًا)؛ لما ذكرنا: أن في الشهادة على الشهادة زيادةُ تُهمة، فلا تتحمل ما لم يعجز الأصول عن الأداء، وذلك فيما قلنا.

وعن أبي يوسف: إذا كان الأصل في مكان لو حضر لأداء الشهادة، لا يبيت في منزله، جازت الشهادة على الشهادة؛ صيانة لحقوق الناس[(٢)]، وتحرُّزًا عن إلحاق الضرر.

وعن محمد: أنَّه تجوز الشهادة على الشهادة، وإن كان الأصل صحيحًا في المصر؛ لأن الشهادة على الشهادة توكيلٌ، فيجوز على كل حال.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٧٠.

(٢) في ب (للُّحوق)، ود (لحقوق المسلمين).

(وجه ظاهر الرواية: ما قلنا؛ ولأن الأصل إذا كان صحيحًا في المصر، يلزمه الحضور لأداء الشهادة، وإذا امتنع يصير فاسقًا، فلا يجوز تحمل الشهادة منه.

قال: أشهدني فلان على نفسه بكذا، فهل لمن سمع أن يشهد؟

(**رجل قال: أشْهَدَني فلان على نفسه بكذا، لا ينبغي لمن سمع ذلك منه أن يشهد على شهادته، إلَّا أن يقول: اشهد على شهادتي**) بذلك؛ لأن شاهد الفرع لا علم له بالحق، لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد بطريق التوكيل، حتى لو رجع الأصول دون الفروع، وجب الضمان على الأصول في قول محمد، ولو رجع الفروع والأصول جميعًا، يُخَيَّر المشهود عليه: إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، فلا يصير وكيلاً إلَّا بأمره.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: وإن لم تكن الإشهاد توكيلاً، حتى لو أشهد إنسان على شهادته، ثم منعه عن الأداء، لا يصح منعه، وكان لشاهد الفرع أن يشهد على شهادته.

ولو رجع الأصول، لا يجب عليهم الضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، إلَّا أن شهادة الأصول إنما تصير حُجَّةً بالنقل إلى مجلس القضاء؛ ولهذا تعتبر عدالة الأصول، فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجَّةً إلَّا بأمره، فلا يشهد على شهادته إلَّا بإشهاده.

وصورة الإشهاد: أن يقول شاهد الأصل: أشهد أن لفلان علىٰ فلان كذا، فاشهد على شهادتي بذلك.

وصورة أداء الفرع: أن يقول شاهد الفرع: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا درهم، وأشهدني على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك لهذا المدعي على هذا المدعىٰ عليه.

ولو قال شاهد الفرع: أمرني [فلان] أن أشهد على شهادته: أن لفلان على فلان ألف درهم، فأنا أشهد على شهادته بذلك لهذا المدعي على هذا المدعىٰ عليه، ينبغي أن يصح.

قال لرجل: اشهد على شهادتي، فسمعه آخر

(وإنْ قال رجل لرجل: اشهد على شهادتي، فسمعه رجل آخر، لا يجوز له أن يشهد على شهادته بذلك)؛ لأن تحمُّل الشهادة لا يصح إلَّا بأمره؛ لِمَا قلنا، وشاهد الأصل لم يأمر السامع بالشهادة، كصاحب الملك إذا وكّل إنسانًا بالتصرُّف، فسمع غيرُه، لم يَصِر السامع به وكيلاً.

فرق بين هذا وبينما إذا سمع قاضيًا يشهد قومًا على قضائه، كان للسامع أن شهد على قضائه؛ لأن قضاء القاضي حجَّةٌ ملزِمةٌ، ومَنْ عاين الحجَّة، حَلَّ له أن يشهد من غير إشهاد، كما لو عاين الإقرار، أو البيع، أو غير ذلك.

فأمَّا الشهادة في غير مجلس القاضي، غيرُ ملزِمةٍ، فكانت إنابةً بالنقل، ولم توجد الإنابة في حق السامع. [١٨١/ب]

سؤال القاضي عن الشهود

(ولا يسأل القاضي عن الشهود حتى يطعن المشهود[1] عليه)، وإذا طعن المشهود عليه فيهم، سأل القاضي عنهما في السِّرِّ، وزكّاهما في العلانية، **(إلَّا في شهود الحدود والقصاص)**، فإنه يسأل عنهم في السِّرِّ، ويُزَكِّيهم في العلانية، طعن الخصم أو لم يطعن.

(وقال أبو يوسف ومحمد: يسأل في ذلك كله، طعن أو لم يطعن).

والحاصل: أن القضاء بظاهر العدالة واجبٌ في قول أبي حنيفة، وعندهما: ليس بواجبٍ.

---

(١) في د (يطعن الخصم فيهم).

لهما: أن احتمال الكذب والفسق ثابتٌ، وهذا احتمال يمكن تقليله بالتزكية، فيجب.

ولأبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾ [البقرة: ١٤٣]، أي: عدلاً، وقال عليه الصلاة والسلام: «**المسلمون عدولٌ بعضُهم على بعض، إلَّا محدودًا في قذف، أو مجلودًا في حدٍّ**»[١]؛ ولأن الظاهر هو العدالة، والظاهر حجةٌ؛ لتعذُّر الوقوف على الحقيقة، فيجب القضاء، إلَّا إذا طعن الخصم؛ لأن ثَمَّة عارضه ظاهرٌ آخرُ: وهو طعن الخصم، فإن الظاهر أن لا يطعن كذبًا، فيجب الترجيح بالسؤال والتزكية، بخلاف الحدود والقصاص، فإن ثمّة يسأل قبل الطعن احتيالاً للدرء.

وقيل: هذا اختلاف عصرٍ وزمانٍ، فأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ كان في قرنٍ عدَّلهم رسول الله فقال: «**خير الناس قرني الذي أنا فيهم، ثم الذي يلونهم، ثم الذي يلونهم، ثم يفشو الكذب**»[٢]، وأبو حنيفة كان في القرن الثالث، وهما كانا في القرن الرابع، فأفتىٰ كلُّ واحدٍ بما عايَن في زمانه، والفتوىٰ على قولهما.

كيفية السؤال عن الشهود

وإذا وجب السؤال عن الشهود، يسأل عنهم في السِّرِّ سِترًا على المسلم، ثم يُزَكِّي في العلانية: وهو أن يجمع بين المُزَكِّي والشاهد الذي زكّاه، فيقول المُزَكِّي: هذا الذي زكَّيته؛ كَيْلا [يتسمَّىٰ أحدٌ باسم غيره]، وفي زماننا: تركوا تزكية العلانية؛ احترازًا عن وقوع العداوة بين المُزَكِّي والشاهد، وكَيْلا يخدع المزكِّي بمال.

---

(١) أخرجه ابن حزم بهذا اللفظ مرفوعًا في المحلىٰ ٤٣٢/٩؛ وغيره بلفظ: «... إلَّا مجلود في حدٍّ، أو مجرَّب في شهادة زور، أو ظنين في ولاء أو قرابة»، كما في الكبرىٰ للبيهقي ١٩٧/١٠.

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٦٥)؛ ومسلم (٢٥٣٣) بزيادة.

فإن سأل عنهم فقيل: هم عدولٌ، جازت شهادتهم، وقيل: هذا القدر لا يكفي، حتىٰ يقول: هو عدلٌ جائزُ الشهادة، فإن العبد قد يكون عدلاً غير جائز الشهادة، والصحيح هو الأول، هكذا قاله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ؛ لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام، كان الظاهر من حاله الحُريَّةَ والإسلامَ، ولهذا لا يسأل القاضي عن حريته وإسلامه، وإنما يسأل عن عدالته.

ثم فَرَّع أبو حنيفة فقال: على قول من يرىٰ المسألة عن [الشهود]، إذا قال المشهود عليه: هو عدلٌ، لا يكتفي بذلك، ويسأل عنه؛ لأن المدعىٰ عليه جحد ما شهد به عليه، فإذا جمعنا بين الكلامين، يصير كأنه قال: هو عدل، إلَّا أنه أُوهِم في شهادته[1]؛ كَيْلا يبطل صريح كلامه وجحوده؛ ولأن في زعم الشهود والمدَّعِي: أن المدعىٰ عليه كاذبٌ في الجحود فاسقٌ، فلا يصحُّ تعديله، وبهذا اللفظ يَستدِلُّ مَنْ يقول في الفصل الأول: أن المزكي إذا قال: هو عدلٌ، لا يكتفي بذلك، كما لا يكتفىٰ من الخصم.

ومنهم من فَرَّق بينهما فقال: المُزَكِّي ما نُصِب للثناء على الناس، وإنما نُصِب ليُظهِر مَنْ تجوز شهادته ومَنْ لا تجوز، فإذا قال: هو عدلٌ، صار كأنه قال: هو جائز الشهادة، أما المدعىٰ عليه: غيرُ منصوبٍ لذلك، والجحود السابق صريحٌ منه ببطلان هذه الشهادة، حتى لو كان ساكتًا غير جاحد، فقال: هو عدلٌ، فهو تعديلٌ، إلَّا أن عند أبي يوسف: يكتفي به للقضاء، وعند أبي حنيفة: يقضىٰ بظاهر العدالة عند عدم الطعن من الخصم، فلا حاجة إلى هذا، وعند محمد: يضمُّ إليه آخرُ حتى يتِمَّ التعديل بها، على أن العدد في المزكِّي شرطٌ في قول محمد، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: ليس بشرط على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) في ب، د (في هذه الشَّهادة).

هذا إذا كان المدعىٰ عليه [عدلاً] يصلح مزكيًا، فإن كان فاسقًا أو مستورًا، وسكت عن جواب المدَّعِي ولم يجحد، فلما شهدوا عليه قال: هم عدولٌ، لا يصح هذا التعديل؛ لأن العدالة في المزكِّي شرطٌ عند الكل، ولم يوجد.

وعن محمد: أن القاضي يسأل المدعىٰ عليه: شهدوا عليك بحق [أم بغير حقٍّ]؟ فإن قال: بحقٍ، فهو إقرارٌ، وإن قال: بغير حق، لا يقضي بشيء، وإن قال المدعىٰ عليه في هذه الفصول كلها: هم عدولٌ، صدَقوا، فهو إقرارٌ بما ادعاه المدعي.

ولو شهد شاهدان عند القاضي بشيء، والقاضي يعرف عدالة أحدهما، ولا يعرف عدالة الآخر، فَعَدَّله هذا العدل، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يصح تعديله، كما لو عدَّله رجلٌ آخرٌ، وقال بعضهم: لا يَصِحُّ تعديله؛ لأنه [١٨٣/أ] يريد[1] تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل، فكان متَّهَمًا، فلا يصح تعديله.

شهدا على شهادة رجلين على فلانة بألف وقالا: يعرفانها

(رجلان شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم، فيقولان: قد [أخْبَرَانَا] أنهما يعرفانها، قد رأَيَاهَا حين أقرَّت، ولكنَّا لا ندري أن هذه التي حضرت، تلك المرأة أم لا، يقال للمدعي: هات شاهدين يشهدان أن هذه فلانة بنت فلان الفلانية بعينها) لأقضي عليها؛ لأن شهادة الفروع تثبت شهادة الأصول بإثبات الحق على فلانة بنت فلان، لكن لم يثبت عند القاضي أن هذه التي حضرت، فلانة بنت فلان الفلانية، فلا يمكن القضاء عليها، كما لو قال: لفلان ابن فلان ابن فلان عَلَيَّ ألفُ درهم، فجاء رجل بهذا الاسم، فادَّعىٰ المال، وقال المُقِرُّ: عنَيْتُ به رجلاً آخر، صُدِّق في القضاء، ولا يقضي عليه، ذكره الشيخ الإمام المعروف بخواهرزاده رحمه الله تعالىٰ في كتاب الطلاق في باب الشهادة، فهاهنا كذلك.

---

(١) في ب (يرد به).

فإذا أقام المدعي شاهدين أن هذه التي حضرت، فلانة بنت فلان الفلانية، ثبت عنده ذلك، فيقضي عليها، كما لو أقام البَيِّنَة على محدود، وذكر الحدود، وأنكر الخصم أن تكون حدودُ ما في يده ذلك، يحتاج المدعي إلى أنْ يأتي بشاهدين آخرين: أن حدود ما في يده ذلك.

كتاب القاضي إلى القاضي

(**وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي**)؛ لأن كتاب القاضي شهادةٌ على الشهادة، إلَّا أن القاضي بحكم الولاية ينفرد بنقل شهادة الشهود بكتابة.

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: وإنْ قالوا في هذين البابين: فلانة بنت فلان التميميَّة، لم تجز شهادتهما، حتى ينسباها إلى فخذها؛ لأن بني تميم لا يُحصون، فيكثُر فيهم وجود مثلها بذلك الاسم والنسب، فلا يحصل به التعريف، وقولهم: تميمية وآدمية سواء، وإنما يحصل التعريف بالنسبة إلى فخذها؛ لأنه لا يكثر وجود مثلها بذلك الاسم والنسب في الفخذ.

وفي ديارنا: النسبة إلى سمرقند وبخارىٰ، نسبةٌ عامةٌ.

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ، وكذا لو قالوا: فرغانية، لا يجوز، حتى يقولوا: أوزجندية.

ما يذكر بأسفل الصك بإن شاء الله تعالى

(**ذِكرُ حقٍّ كتب في أسفله : إن شاء الله تعالىٰ ، فهو باطلٌ، وكذا لو كتب صك الشراء وذكر في آخره، فما أدرك فلاناً منه من دَرَكٍ، فعلىٰ فلان خَلاصُه إن شاء الله تعالىٰ**)، أو كتب ذِكر إقرار على نفسه، وذَكَر في آخره: فمن قام بذكر هذا الحق، فهو وليّ ما فيه إن شاء الله تعالىٰ.

أراد بذلك: من أخرج هذا الصك، فطلب ما فيه من الحق، فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالىٰ.

(قال أبو حنيفة: **الصك باطلٌ**)، والاستثناء منصرفٌ إلى الكل، (**وقال أبو يوسف ومحمد: الشراء صحيحٌ، والمال لازمٌ، والاستثناء منصرفٌ إلى ضمان الدرك، وإلى من قام بذِكر الحق**).

لهما: أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، خصوصًا إذا قامت الدلالة عليه، وقد قامت الدلالة هاهنا؛ لأن الصك إنما يكتب لأجل التوثُّق، وصرف الاستثناء إلى الكل يبطل التوثيق.

ولأبي حنيفة: أن الكلمات معطوفةٌ بعضُها على بعض، فانصرف الاستثناء إلى الكل، كما لو قال: امرأته طالقٌ، وعبده حرٌّ، وعَلَيَّ المشي إلى بيت الله تعالىٰ، إن شاء الله تعالىٰ، فإنه لا يلزمه شيءٌ، وما قالا من العادة، قلنا: العادة في الكتب أن يترك فرجةً بين فصل وفصل، أو يكتب بخطٍّ على حدة، فإن فعلوا كذلك، لا ينصرف الاستثناء إلى الكل، وإنما ينصرف إلى ما يليه؛ لأن الفرجة في الصكوك، بمنزلة السكوت حالة النطق.

***

بَابُ
القَضَاءِ فِي المَوَارِيْثِ [وَالوَصَايَا وغَيْرِهَا]

زوجة نصراني ميت ادَّعت أنها أسلمت بعد موته، خلافًا للورثة

(نصراني مات، فجاءت امرأته مسلمةً وقالت: أسلمتُ بعد موته، وقالت الورثة: أسلمتْ قبل موته، فالقول قول الورثة)، ولا ميراث لها، وقال زفر: القول قولها؛ لأن إسلام المرأة حادثٌ، فيُحال حدوثه إلى أقرب الأوقات، فلا يقبل قول الورثة إلَّا بحجة.

ولنا: أنها تدعي الميراث، وسبب الحرمان ظاهرٌ: وهو اختلاف الدين، واختلفوا في الماضي، فيُجعَل الحال حكمًا في الماضي، كَرَبِّ الطاحونة مع المستأجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه، يجعل الحال حكمًا، وكذلك لو مات مسلمٌ، فجاءت امرأته مرتدَّةً، وقالت: كنت مسلمةً وقت الموت، وادَّعَت الميراث، لا يقبل قولها.

فرق بين هذا وبين مسلم له امرأةٌ نصرانيةٌ، فمات المسلم، فجاءت امرأته مسلمةً وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: أسلمت بعد موته، فإنه لا [١٨٢/ب] يقبل قولها، [ولا] يجعل الحال حكمًا.

والفرق: [هو أن يحكم] الحال حجة من حيث الظاهر، فيصلح للدفع والتأكيد، دون الإثبات، وحاجة الورثة إلى الدفع، فصلح الظاهر شاهدًا لهم، وحاجة المرأة إلى الإثبات، فلا يصلح الظاهر حجةً لها.

ولا يلزم على ما قلنا مسألة الإجارة إذا كان الماء جاريًا وقت الخصومة، يُجعَل الحال حجةً لصاحب الطاحونة في إيجاب الأجر؛ لأنا نقول ثمّة: اتفقا على سبب الوجود: وهو العقد، واختلفا في التأكيد، والظاهر يصلح حجةً للتأكيد، وإبقاء ما كان على ما كان.

وفي مسألة الميراث: اختلفا في وجود السبب، وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت، فلا يصلح الظاهر شاهدًا لها.

مات وله في يد رجل وديعة فأقر المودع في شخص أنه ابن الميت

(**رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعةً، فقال المُوْدَعُ لرجل: هذا ابن الميت الذي أودعني، لا وارث له غيره، فإن القاضي يأمره بأن يدفع المال إليه**)؛ لأنه أَقَرَّ له بملك ما في يده؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في أملاكه رقبةً ويدًا.

وإن قال: هذا ابنه وآخرُ، فقال المُقَرُّ له: ليس له ابنٌ غيري، قضىٰ له بجميع المال؛ لأنه أقر له بسبب استحقاق الكل: وهو البُنوَّة، فلو انتقضت إنما تنتقض بالمزاحم، والمزاحم غير معلوم.

فرق بين هذا وبين ما إذا [أَقَرَّ] المُودَع لرجل أنه وكيلُ صاحب المال بقبض الوديعة، وصدَّقه المُقَرُّ له، حيث لا يؤمر بالتسليم إليه؛ لأنه لمّا أقر بقيام المودِع، فقد أقرَّ ببقاء الوديعة على ملكه، فلا يصح إقراره لغيره بحق القبض.

أما هاهنا: أقرَّ ببقاء الملك، بخلاف ما إذا أقرَّ المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين بقبض الدين، حيث يُؤمَر بالدفع؛ لأن الديون يقضىٰ بأمثالها، لا بأعيانها، فكان إقرار المديون إقرارًا على نفسه بحق المطالبة والقبض.

أخذ الكفيل من الغريم والورثة في قسمة الميراث

(ميراثٌ قُسِّم بين الغرماء وبين الورثة، قال: لا آخذ من الغريم كفيلاً، ولا من الورثة كفيلاً، وهذا شيءٌ احتاطه القضاة، وهو ظلمٌ)، وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ كفيلاً؛ لأنه ربما يظهر له غريمٌ أو وارثٌ آخرُ، والقاضي مأمورٌ بالنظر، فيأخذ كفيلاً؛ نظرًا للغائب، كرَدِّ الآبق، والملتقط إذا ردَّ الآبق واللّقطة على صاحبها، فإنه يأخذ منه كفيلاً احتياطًا، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن حق الحاضر معلومٌ، وحقُّ الآخر غيرُ معلوم[1]، عسىٰ يكون وعسىٰ لا يكون، فلا يجوز تأخير حقِّ الحاضر لأمرٍ محتملٍ لا أمارةَ عليه، وأمَّا مسألة الآبق واللقطة، ففيه روايتان عن أبي حنيفة، والصحيح: أنه لا يأخذ، وهذا إذا دفع اللقطة بالبينة، لا بحكم العلامة.

فإن كان الدفع بحكم العلامة، أو رَدَّ العبد الآبق بإقرار العبد، فإنه يأخذ كفيلاً في قولهم؛ لأن حق الحاضر ليس بثابت؛ ولهذا كان له أن [لا] يدفع إليه المال.

أقام رجل البينة أن أباه مات وترك الدار ميراثًا بينه وبين أخيه الغائب

(دارٌ في يد رجل، أقام رجل البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا بينه وبين أخيه الغائب فلان، فإن القاضي يقضي له بالنصف، ويترك النصف الآخر في يد ذي اليد، ولا يستوثق منه حتى يحضر الغائب.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان المدعىٰ عليه جاحدًا للدعوىٰ، [يؤخذ] نصيب الغائب منه، ويضعها على يد عدل حتى يحضر الغائب، وإن كان مُقِرًّا)، فكما قال أبو حنيفة.

لهما: أن صاحب اليد إذا كان جاحدًا، لا يمتنع عن التصرُّف، فكان نظر الغائب في أخذ المال منه، بخلاف ما إذا كان مقرًّا؛ لأنه لم تظهر خيانته، فكان الترك أولىٰ.

---

(١) في ب (وحق الغائب موهوم)، وفي د (الآخر موهوم).

ولأبي حنيفة: أن القاضي عرف قيام اليد له، فلا ينقض إلَّا بخصم؛ لأنه مأمورٌ بفصل الخصومات، لا بإنشائها، وما قال من الاحتياط والنظر، [قلنا]: يحتمل أنه جحد لمكان الاشتباه، وقد زال ذلك بقضاء القاضي، فلا يتصرف فيه.

ووضع المسألة في الدار، مِن المشايخ مَن قال: في العروض: [يؤخذ] من نصيب الغائب عند الكل؛ لأن العروض تحتاج إلى الحفظ، وغيره بالحفظ أولىٰ منه، والعقار لا يحتاج إلى الحفظ، ألا ترىٰ أن [الوَصِيَّ] [1] يملك بيع العروض على الكبير الغائب، ولا يملك بيع العقار، وكذلك وَصِيُّ الأخ والعَمّ يملك بيع العروض، ولا يملك بيع العقار، ومنهم من جعله على الاختلاف.

[فإن كان على الاختلاف]، فكلام أبي حنيفة في العروض أظهر؛ لأنه لو ترك في يده، كان مضمونًا عليه، ولو أخذ منه، لا يكون مضمونًا على [أحد][2]، وإذا حضر الغائب، أخذ النصف الباقي، ولا يُكلَّف إعادة البينة. [١٨٤/أ]

وروىٰ الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: أنه يحتاج إلى إعادة البينة، والصحيح: ما ذُكِر في ظاهر الرواية؛ لأن القضاء بالميراث قضاءٌ بملك الميت، حتى يُقضىٰ منه ديونُه، وتُنفَذ منه وصاياه، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت، وإنما لا يأخذ الكل؛ لأنَّه في الأخذ عاملٌ لنفسه دون الميت، فلا يأخذ إلَّا نصيب نفسه، كما لو أقام البينة بدين للميت، يقضىٰ بالكل، ولا يأخذ إلَّا نصيب نفسه.

---

(١) في أ (الموصي)، وفي ب (القاضي)، والمثبت من د.، وبهامشها (أي: وصي الأب).
(٢) في أ (الآخر)، وفي د (الآخذ)، والمثبت من ب.

(دارٌ في يد رجل، أقام رجل البينة أنها كانت لأبيه، أعارها الذي في يديه، أو آجرها، أو أودعها إيَّاه، فهو جائزٌ، ولا أكلفه إقامة البينة أنه مات وتركها ميراثًا له)، وهذا على أصل أبي يوسف ظاهرٌ؛ لأن عنده متىٰ ثبت ملك الميت، يقضي للوارث، ولا يحتاج إلى إثبات الانتقال إلى الوارث.

وعندهما: مجَّردُ ملك الميت وإن كان لا يكفي، ولا يقضىٰ للوارث حتى يشهد الشهود أن أباه مات وتركها ميراثًا له؛ لأن ملك الوارث متجدِّد في الميراث؛ ولهذا إن كانت التركة صدقةً للمُوَرِّث، يطيب للوارث وإن كان غنيًّا، ولو لم يتجدَّد، وكانت صدقةً، فلا يحِلُّ له، ويجب الاستبراء، والملك الجديد لا يثبت من غير إثبات، إلَّا أن في مسألتنا؛ لما شهد الشهود على الإعارة، والإيداع، والإجارة، ويد هؤلاء يد صاحب المال، فقد شهدوا بقيام يد الميت عند الموت، والشهادة على اليد عند الموت، شهادةٌ على الملك عند الموت، والانتقال إلى يد الوارث.

شهدوا أنها كانت في يد فلان، ومات وهي في يده

(وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان، مات وهي في يده، جازت الشَّهادة)؛ لِمَا ذكرنا: أن الشهادة على اليد عند الموت، شهادةٌ على الملك عند الموت؛ لأن الأيدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأنها إن كانت يد ملك، تبقىٰ كذلك، ولو كانت غصبًا، فبالموت يَتَقَرَّرُ عليه الضمان، ويصير المضمون ملكًا له.

وكذا لو كانت أمانةً؛ لأنه لَمَّا مات مُجهِّلاً للوديعة، يصير ضامنًا، ويملك المضمون، فتثبت أن الشهادة على اليد عند الموت، شهادةٌ على الملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت، ينتقل إلى الوارث ضرورةً.

فعلىٰ قول أبي حنيفة ومحمد: لا يقضىٰ للوارث ما لم يشهدوا على الانتقال [نصًّا] عند الموت، أو على الملك عند الموت، أو على ما يقوم مقام الملك: وهو اليد عند الموت.

شهدوا لرجل حَيٍّ أنها كانت في يده منذ شهر

(**ولو شهدوا لرجل حَيٍّ أنها كانت في يده منذ شهر، لم تقبل، وعند أبي يوسف: أنها تقبل**)؛ لأن اليد حقٌّ مقصودٌ كالملك، فلو شهدوا أنها كانت له، تقبل، وكذا لو شهدوا أنها كانت في يد فلان يوم مات، أو شهدوا أن المدعىٰ عليه أقر أنها كانت في يد المدعي، أو شهدوا أنه أخذها من المدعي، جازت شهادتهم، وكذا لو أقر المدعىٰ عليه أنها كانت في يد المدعي، يُؤمر بالدفع إليه.

ولأبي حنيفة ومحمد: أنهم شهدوا بيدٍ عرَف القاضي زوالها، وأنها محتملةٌ مجهولةٌ، تحتمل أنها كانت بحقٍ، فيُؤمَر بالإعادة، وتحتمل أنها كانت بغير حق، فلا تجب إعادتُها بالشكِّ، بخلاف الشهادة على الملك، وبخلاف ما لو شهدوا باليد عند الموت؛ لأنها شهادةٌ على الملك عند الموت، بخلاف الشهادة على الأخذ؛ لأنهم شهدوا على السبب الموجِب للرَّدِّ شرعًا، وهو الأخذ، وبخلاف ما لو شهدوا على إقرار المدعىٰ عليه أنها كانت في يده؛ لأنهم شهدوا على إقراره باليد، وإقراره معلومٌ، وإنما الجهالة في المقرِّ به، وذلك لا يمنع القضاء، كما لو ادَّعَىٰ عليه عشرة دراهم، فشهدوا على إقرار المدعىٰ عليه: أنَّ له عليه شيء، جازت الشهادة، ويؤمر بالبيان، وكذا لو عاين القاضي إقراره باليد، يأمره بالإعادة، حتى يثبت لنفسه حقًّا؛ لِمَا قلنا.

قال: مالي في المساكين صدقة

(**رجل قال: مالي في المساكين صدقة، فهو على ما فيه الزكاة**)، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن ينصرف إلى كل مال؛ لأنه اسم عام لكل ما يتموَّل [به]، فيتناول الكل، (**كما لو أوصىٰ بثلث ماله لرجل، ينصرف إلى الكل**).

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبرٌ بإيجاب الله تعالىٰ، وإيجاب الله تعالىٰ الصدقَةَ في المال، ينصرف إلى مال الزكاة، فكذلك إيجاب العبد بخلاف الوصية؛ لأنها خلافةٌ ووصِيَّةٌ من قِبَل الميت، فتعتبر بالوصية والخلافة الثابتة بإيجاب الله تعالىٰ، وأنها تعُمُّ الكل.

وإن كانت له أراضي خراجية، لا يلزمه التصدُّق بها؛ لأنها ليست من مال الزكاة، وكذا الأراضي العشرية في قول محمد.

وعند أبي يوسف: يلزمه [التَّصدُّق] بها؛ لأن العشر في معنىٰ الصدقة، وعلى قول محمد: هي مؤنةٌ، أو الغالب فيها معنىٰ المؤنة، فالأرض العشرية عنده بمنزلة عبيد الخدمة.

ولو قال: جميع ما أملك صدقةٌ في المساكين: من المشايخ مَنْ قال: هذا يتناول كل مالٍ قياسًا واستحسانًا، وهو روايةٌ عن أبي يوسف؛ لأن الملك [١٨٣/ب] أعمُّ من المال، فإن الملك كما يثبت في المال، يثبت في غيره، كالقصاص والنكاح وغيره، والأَصَحُّ: أنهما سواء.

وذكر في كتاب الهبة من «المبسوط» في باب الصدقة: إذا قال: جميع ما أملك صدقةٌ في المساكين، فإنَّه يتصدَّق بجميع ما يملك من مال التجارة من الصامت والسوائم، ويُمسِك قوته، فإذا أصاب بعد ذلك شيئًا، فإنه يتصدَّق بمثل ما أمسَك، ولا يتصدَّق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانًا؛ [دلَّ أنَّ] هذا والأول سواء، والقياس والاستحسان فيهما واحدٌ.

ثم قال في «الكتاب»: «ويمسك قوته»، ولم يبيِّن مقدار القوت؛ لأنه يختلف بقِلَّة العيال وكثرته، قيل: إن كان محترفًا، يمسك قوت يومه، وإن كان صاحب غَلَّةٍ، يمسك قوت الشهر، وإن كان دِهقانًا، يمسك قوت السنة، وإن كان تاجرًا، يمسك قدر ما يرجع إليه ماله.

أوصى إلى رجل ولم يعلم أنه أوصى إليه حتى باع شيئًا من التركة

(**رجل أوصىٰ إلى رجل، ولم يعلم أنه أوصىٰ إليه حتى باع شيئًا من التركة، فبيعُه جائزٌ**)، والقياس: أنه لا يجوز بيعه قبل العلم، وهو روايةٌ عن أبي يوسف، وهو قول زفر رحمه الله تعالىٰ.

وجه القياس: أن هذه وكالةٌ بعد الموت؛ لأنها إثباتُ الولاية بعد الموت، فتعتبر بالوكالة في حياته، (**ولو وَكَّلَ رجلاً ببيع ماله في حياته، ولم يعلم به الوكيل حتى باع، لا يجوز بيعه، فكذلك الوصي**).

وجه الاستحسان: أن الإيصاء: إثبات الولاية في حال عجزه عن التصرف، فوجب أن لا يتوقَّف على العلم، كالولاية الثابتة بطريق [الوراثة]، ولو ثبتت الولاية بطريق [الوراثة]: بأن مات أبو اليتيم، ولم يعلم به الجد حتى باع شيئًا من مال اليتيم، جاز بيعه، وكذلك بيع الوارث في أملاك المورِث، كذلك هاهنا، والجامع بينهما: مساس الحاجة إلى الصيانة والحفظ عن الضياع، أما الوكالة: إثبات الولاية حال قدرة الأصيل، فلو توقَّف على العلم، يبقىٰ مصونًا بولاية الأصل.

وإذا [جاز بيع] الوصي لا يملك رَدَّ الوصاية بعد ذلك؛ لأنها تأكَّدت بحكم الشرع.

العلم في الوكالة والعزل

اتفقت الروايات: (**على أن الوكالة إذا ثبتت قصدًا، لا تثبت بدون العلم**)، وكذلك إذن الصبي والعبد بالتجارة؛ لأن الإذن مشتقٌّ من الأذان: وهو الإعلام، فلا يتصوَّر بدون العلم.

أما إذا كانت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرُّف، بأن قال لغيره: اشتر لي [عبدي] من فلان، هل تثبت بدون العلم؟ فيه روايتان، وكذا الإذن بالتصرف، بأن قال: بايعوا عبدي، فيه روايتان.

وأمَّا العزل إنْ كان قصدًا، لا يثبت بدون العلم، وإنْ كان حكمًا كموت الموكل أو نحوه، يثبت بدون العلم، وكذلك الحَجْر إذا ثبت أن الوكالة القصد به، لا يثبت بدون العلم، فإن أخبره بذلك [واحد]، أو أتاه كتاب بالوكالة، يصير وكيلاً، ولا يشترط عدالة المخبر، وكذلك الحرية والبلوغ.

واختلفوا في العزل القصدي: قال أبو حنيفة: لا يثبت بقول الواحد، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت.

وعلى هذا الخلاف: مولىٰ العبد الجاني إذا أخبره واحد بالجناية، فباع أو أعتق، هل يصير مختارًا للفداءِ؟ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا [يصير] مختارًا، وعندهما: [يصير] مختارًا، وكذا الشفيع إذا أخبر بالبيع، فسكت، والبكر إذا أخبرت بنكاح الولي، فسكتت، والمسلم الذي لم يهاجر إلينا إذا أخبر بالشرائع، والعبد المأذون إذا أخبر بالحجر.

لهما: أن هذا من باب المعاملات، يكثر وقوعها بين الناس، فيثبت بقول الواحد، كما في إيصال الهدية إلى المهدىٰ له، وكما قلنا في الوكالة؛ ولهذا إذا كان المخبر رسولاً من جهة الموكل، أو الآذن لا يشترط فيه العدد والعدالة، فكذا إذا كان فضوليًّا.

ولأبي حنيفة: أن العزل والحجر يصرف في ملك نفسه، وفيه إلزام الغير؛ لأنه منع له عن التصرف، وجعل [العين] مضمونًا عليه بالتصرف، ولو كان إلزامًا من كل وجه، يراعىٰ فيه جميع الشرائط التي يشترط[1] فيها في الشهادة: من لفظ الشهادة ونحوها، ولو لم يكن إلزامًا أصلاً، لا

---

(١) في ب، د (جميع شرائط الشهادة).

يُراعىٰ فيه شيءٌ، فإذا كان إلزامًا من وجه دون وجه، يُراعىٰ فيه العدد، ولا يراعىٰ فيه لفظ الشهادة، بخلاف الخبر بالوكالة؛ لأنه ليس بإلزام، بل هو إثباتُ الولاية للوكيل: إن شاء فعل، وإن لم يشأ لم يفعل، وكذلك إيصال الهدية.

وعن أبي حنيفة في رواية: أن الوكالة لا تثبت بقول الواحد الفاسق، وإنما تثبت بتصديق الوكيل، فعلىٰ هذا، لا فرق بين الوكالة والعزل.

وإن أخبره بالعزل فاسقان، اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة: قال بعضهم: لا ينعزل، وقال بعضهم: ينعزل، ولا تشترط العدالة. والله تعالىٰ أعلم.

***

[١٨٥/أ]

بَابٌ
مِنَ القَضَاءِ فِي بَيْعِ القَاضِي وَقَرْضِهُ

قضاء القاضي ظاهرًا وباطنًا

(كل شيء قضىٰ به القاضي في الظاهر بتحريم، فهو في الباطن كذلك)، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وقال أبو يوسف آخرًا، وهو قول محمد وزفر والشافعي: لا يكون[(١)]، والمسألة معروفة.

فإن قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، تنفذ ظاهرًا وباطنًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأَوَّلُ، وعندهم: لا تنفذ في الباطن.

قرض القاضي أموال اليتامى

(ويقرض القاضي أموال اليتامىٰ، قال: هكذا ينبغي له أن يصنع: يقرضها ويكتب ذكر الحقوق، وإن أقرض الوصي، ضمن)؛ لأن القرض تبرُّعٌ ابتداءً؛ لأنه إزالة الملك ببدلٍ في ذمة المفلس، ولهذا يحَلُّ محَلَّ الصدقة في الثواب، قال عليه الصلاة والسلام: «**الصدقة بعشرة أمثالها، والقرض بثمانية عشر**»[(٢)]، وتصير معاوضةً في الثاني، فاعتبر بيعًا في حق القاضي، تبرعًا في حق الوصي؛ لأن القاضي مُتَمكِّن من استخراج المال بنفسه، وبقرضه يصير معصومًا عن التَّوىٰ والتلف، أما الوصي لا يتمكَّن من استخراج المال بنفسه.

---

(١) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٥٦١.

(٢) «رواه الطبراني في الكبير، وفيه عتبة بن حميد، وثَّقه ابن حبان وغيره، وفيه ضعف»، كما في مجمع الزوائد للهيثمي ١٢٦/٤؛ والبيهقي في شعب الإيمان ٢٨٤/٣.

وليس كلُّ قاضٍ يعدل، ولا كل بينة تعدَّل.

أما الأب هل يملك القرض؟ اختلفوا فيه: قال بعضهم: يملك؛ لأنه يملك التصرُّف في النفس والمال جميعًا، فكان بمنزلة القاضي، وقال بعضهم: لا يملك؛ لأنه لا يتمكَّن من استخراج المال بنفسه، فكان بمنزلة الوصي؛ ولهذا قلنا: إنَّ الأب لو أخذ مال [ولده] الصغير[1] قرضًا، جاز؛ لأنه لا يهلك عليه.

أما الوصي إذا أخذ مال اليتيم قرضًا، ذكر في «المنتقىٰ»: أنه لا يجوز له ذلك في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا بأس به إذا كان مليئًا قادرًا على الوفاء.

القاضي يأمر إنسانًا يقضي بين اثنين

(**ولا يجوز للقاضي أن يأمر إنسانًا يقضي بين اثنين، إلَّا أن يكون الخليفة ولَّىٰ القاضي** (وأذِن له، ولا للقاضي)[2] **أن يُوَلِّي القضاء**)؛ لأن القاضي يتصرَّف بحكم التفويض والأمر، فيملك قدر ما فوّض إليه، والإمام فوَّض إليه القضاء دون التقليد، فلا يملك التقليد، (كالوكيل لا يملك التوكيل إلَّا بإذن الموكِّل)[3]، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة، فإنه يملك الاستخلاف؛ لأن الجمعة مؤقَّتةٌ [بوقت]، تفوت بمُضِيِّ الوقت، فكان إذنًا له بالاستخلاف دلالة، بخلاف القضاء؛ لأنه يحتمل التأخير.

فإن ولّاه الخليفة فقال له: ولِّ مَنْ شِئْت، كان له أن يُوَلِّي غيره، ويكون الثاني قاضيًا من جهة الخليفة، لا من جهة القاضي، حتى لا يملك القاضي الأول عزله، إلَّا أن يقول له: ولِّ مَنْ شئت، واستبدل مَنْ شِئت، فحينئذٍ يملك عزلَ الثاني.

---

(١) في ب (مال اليتيم)، وفي د (مال ولده الصغير).

(٢) في ب هنا (وأمره) فقط، وساقطة من د.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

وهذا كالوكيل لا يملك التوكيل إلَّا إذا قال له الموكِّل: اعمل فيه برأيك، أو قال: وكِّل بذلك مَنْ شئتَ، أو مَنْ أحببتَ، كان له أن يوكِّل، فإن [وَكَّل الوكيل وكيلاً ثُمَّ] مات الموكِّل الأولُ، ينعزل الوكيلان، ولو مات الوكيل الأول أو عزل، لا ينعزل الثاني، وكذا لو عزله الوكيل الأول، لا ينعزل الثاني.

وذكر في «المنتقىٰ» عن محمد: أنه لو مات الموكِّل الأول، لا ينعزل الثاني، وكذا لو مات الوكيل الأول، ولو عزله الوكيل الأول، ينعزل.

وقال: هذا بخلاف المضاربة والمفاوضة، أما المضارب إذا وكّل إنسانًا بشراء شيء بمال المضاربة، فإن مات المضارب، ينعزل وكيله في المضاربة، وفي الوكالة: إذا مات الوكيل الأول لا ينعزل.

(ووجه الفرق: أن الشريك والمفاوض والمضارب بمنزلة ربِّ المال من وجهٍ، حتى لا يملك ربُّ المال نهيَه عن التصرُّف بعد ما صار المال عرضًا، أمَّا الوكيل الأول، نائبٌ من كل وجهٍ، فلا ينعزل الوكيل الثاني بموته.

ولو وكّل إنسانًا بالشراء، وقال له: وكّل فلانًا بالشراء، ففعل، لم يكن للوكيل الأول أن يعزل الثاني)[١].

فإن لم يكن القاضي مأذونًا بالاستخلاف، فقلّد غيره، فإن قضىٰ بحضرة الأول، أو قضىٰ عند غيبته، فرَفَع ذلك إلى القاضي، فأجازه، فهو جائزٌ؛ لأن إجازته قضاء الثاني بمنزلة الإنشاء، كالوكيل إذا لم يكن مأذونًا بالتوكيل، فوكّل غيره، فباع الثاني بحضرة الأول، أو باع عند غيبته وأجاز الأول، جاز؛ لأنه نفذ برأي الأول، فكذلك هاهنا.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(ذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرح الجامع الصغير»)[١]: **(وما اختلف فيه الفقهاء، إذا قضىٰ به قاضٍ ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر [يرىٰ] غير ذلك، فإنه يُمضي قضاء الأول، ولا يُبطِل)**؛ لأنه نَقَضَ الاجتهاد بالاجتهاد؛ ولأنا لو قلنا: بأنه لا ينفذ قضاء الأول، لا ينفذ قضاء الثاني أيضًا، وللثالث أن يبطل قضاء الثاني، فيُؤدِّي إلى ما لا يتناهىٰ، والذي يُؤيِّد هذا: ما رُوِي عن [١٨٤/ب] عمر رضي الله عنه: **«أنه قضىٰ بقضية، ثم رفع إليه مثل تلك القضية، فقضىٰ بخلافه، فقيل له في ذلك، فقال: تلك كما قضينا، وهذه كما نقضي»**[٢]، ولم يبطل القضاء الأول.

ورُوِي عنه: **«أنه لما شغله أشغال المسلمين، استعان بزيد بن ثابت، فقضىٰ زيد بين رجلين، ثم لقي عمر أحد الخصمين، فقال: إن زيدًا قضىٰ عليَّ يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنتُ لَقضيتُ لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لي! فقال عمر رضي الله عنه: لو كان هاهنا نصٌّ، لَقضيتُ لك، ولكن هاهنا رأيٌ، والرأيُ مشتركٌ»**[٣]، أشار إلى ما قلنا.

قول القاضي: قضيت على هذا بالقطع فاقطعه

(وإذا قال القاضي: قضيت علىٰ هذا بالرَّجم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه، وَسِعَك أن تفعل)؛ لأنا أُمِرْنَا بطاعته، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ﴾ [النساء: ٥٩]، فيجب العمل بقوله؛ ولأنه أمينٌ على جماعة المسلمين، فكان إخبارُه بمنزلة إخبار الجماعة؛ ولهذا كان كتاب القاضي إلى القاضي حجةً.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من د.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/٨٤؛ والبدائع للكاساني ٧/٥.

(٣) ابن شبَّة في أخبار المدينة ١/٣٦٧؛ وأبو حيان في البصائر والذخائر ٥/١٧٢.

وعن محمد رحمه الله تعالىٰ: أنَّه لا يسعه ذلك ما لم يُعايِن القضاء؛ لأنه غير معصوم عن الكذب والغلط.

وقال مشايخنا: هذا حسنٌ، وإنما يقبل قوله في ظاهر الرواية إذا كان القاضي عدلاً عالمًا؛ لأن عدالته تمنَع عن الجُوْر، وعلمه يُوصِله إلى الصواب، فإن كان عدلاً جاهلاً، يستفسر، فإن بيّن على الوجه، يُؤخَذ بقوله، وإن كان فاسقاً، لا يعتمد على كلامه حتىٰ يعاين القضاء.

قاضٍ معزول قال لرجل: أخذت منك ألفًا لفلان قضاء

(قاضٍ عُزِل، فقال لرجل أخذتُ منك ألف درهم، ودفعتُها إلى فلان قضاءً، قضيت بها [له] عليك، وقال الرجل: بل أخذتها مني ظلمًا في حال القضاء، فالقول قول القاضي، وكذا لو قال: قضيتُ بقطع يدك بحق، كان القول فيه قول القاضي)؛ لأن المأخوذ منه لما صدَّقه أنه فعل ذلك في حالة القضاء، فقد أقرَّ له بشهادة الظاهر؛ لأن الظاهر: أن ما يفعله القاضي في حالة القضاء، يكون على وجه القضاء، فيقبل قوله، ولا يجب الضمان على أحد؛ لثبوت القضاء من حيث الظاهر.

وإن قال المأخوذ منه: فعلتَ ذلك بعد العزل، أو قبلَ التقليد، لا يضمن القاضي؛ لأنَّه بالإضافة إلى تلك الحالة، يُنكِر الضمان أصلاً، ويضمن الآخذ والقاطع في هذا الفصل إذا صدق القاضي؛ لأنه لم يثبت القضاء عند تكذيب الخصم.

وإنَّمَا قبلنا قول القاضي في حق نفي الضمان عنه، لا في إبطال الضمان عن الغير، وسقوط العصمة.

رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود

(ورسول القاضي الذي يسأل عن الشهود: إن كان واحدًا، جاز، ويعمل بقوله في الرَّدِّ والتعديل، والاثنان أحوط، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد : لا تثبت التزكية حتى يُخبِر بذلك رجلان عدلان).

أراد بالرسول: رسول القاضي إلى المزكِّي، وعلى هذا الخلاف: العدد في المزكِّي، والمترجم عندهما ليس بشرط، وعندهما شرط: وهو رجلان فيما يثبت بشهادة رجلين، والأربع فيما يشترط فيه شهادة الأربع.

وجه قول محمد: أن التزكية والترجمة شهادةٌ معنًى؛ لأن ما هو المقصود: وهو العلم، لا يحصل إلَّا بهما؛ ولهذا يشترط فيه أهلية الشهادة: من العدالة، والبلوغ، والعقل، والحرية، والبصر، وأن لا يكون محدودًا في قذفٍ، فلا بُدَّ من العدد.

ولهما: أنها ليست بشهادة من كل وجه، حتى لا يشترط فيها لفظة الشهادة، ومجلس القضاء، واعتبار العدد في الشهادة عُرِف نَصًّا، بخلاف القياس؛ لأن خبر الواحد والاثنين في العلم سواءٌ، فلا يتعدَّىٰ إلى ما ليس بشهادة من كل وجه.

حبس القاضي للمقر بدين عنده

(رجل أقرَّ بدين عند القاضي، حبسه، ثم يسأل عنه، فإن كان موسرًا حبسه حتى يقضي دينه، وإن كان معسرًا، خلَّىٰ سبيله).

قالوا: هذا إذا ظهر عند [هذا] القاضي جحوده ومطْلُه عند غيره، فإن لم يكن كذلك، لا يحبسه، بل يأمره بقضاء الدين، فإن لم يقضِ، فأعيد إلى مجلس القضاء ثانيًا، يحبسه؛ لأن الحبس جزاءُ الظلم، فما لم يظهر عنده ظلمه، لا يحبسه، وكان شُرَيح رحمه الله تعالىٰ يحبس بالإقرار مرّةً؛ احتياطًا وصيانةً، كما لو ثبت الدين بالبينة.

وعلى قول الخصاف: في البينة أيضًا لا يحبسه في أول الوَهْلة، والصحيح ما قلنا.

وفي كلِّ موضعٍ يحبسه، لا يحبسه إلَّا عند طلب المدعي، وقال شريحٌ: يحبسه من غير طلبه، والصحيح ما قلنا؛ لأن الحبس حق المدعي، فلا يستوفىٰ إلَّا بطلبه، كما لا يستحلف من غير طلبه، وإذا توجَّه الحبس، لا يسأل القاضي من المدعىٰ عليه: ألك مالٌ؟ وقال الخصاف رحمه الله تعالىٰ: لا يحبسه حتى يسأل عنه. [١٨٦/أ]

وهكذا ذكر أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ في «النوادر»: أنه يسأل المدعىٰ عليه، ولا يسأل المدعي، وقال [أبو طاهر](١): يسأل المدعي، وعندنا: لا يسأل من المدعي إلَّا إذا طلب المدعىٰ عليه من القاضي أن يسأل المدعي عن ذلك، فحينئذٍ يسأله بالإجماع، فإذا أَقَرَّ أنَّه مُعْسِرٌ، لا يحبسه، ولا يمنعه من الملازمة عند عامة العلماء، وإن قال المدعي: هو مُوْسِرٌ، وقال المديون: أنا مُعْسِرٌ، فإن كان الدين بدلاً عمَّا هو مالٌ، كالقرض، وثمن البيع، كان القول فيه: قولَ صاحب الدَّين؛ لأنا عرفناه موسرًا بملك المبدَّل، فلا يقبل قوله في العُسْرة.

حلف الدائن والمديون

(**وقال: يحلف كل واحد منهما، لكن يحلف المديون على البَتَاتِ، وصاحب الدين على العِلْمِ**)، وكذا لو كان الدين واجبًا بعقده، والتزامه كالمهر المعجَّل بالنكاح، والمال الواجب بالكفالة؛ لأن التزامه دليلٌ على القدرة.

وفيما سوىٰ ذلك كضمان المتلفات، وأروش الجنايات، ونفقة الأقارب والزوجات، والضمان بإعتاق عبدٍ مشتركٍ، القول فيه: قول المديون؛ لأنه متمسك بالأصل؛ لأن الفقر أصلٌ، والغنىٰ عارضٌ.

---

(١) في أ (أبو هريرة رضي الله عنه)، والمثبت من ب.

وإذا حبسه، يحبسه شهرين، أو ثلاثةً، ثم يسأل عنه[1]، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أربعةَ أشهر، وفي رواية الطحاوي: سَنَةً[2]، والصحيح: أنه مُفَوَّضٌ إلى رأي القاضي، يحبسه مدَّةً يقع في أكبر رأيه أنه لو كان قادرًا على قضاء الدين لَضَجَرَ.

ثم يسأل عن حاله، فإن شهد عنده اثنان من أهل الشهادة أنه مُوسِرٌ قادرٌ على قضاء الدين، حبسه إلى أن يقضي الدين؛ لأنه ظالمٌ متعنِّتٌ، وإن شهدوا أنه مُعسِرٌ، خلّىٰ سبيله؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ**﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولا يمنعه عن الملازمة؛ لِمَا قلنا، وإن رأىٰ القاضي أن يسأل عنه بعد الحبس قبل انقضاء مدة، كان له ذلك.

والبينة على الإفلاس بعد الحبس مقبولةٌ بالإجماع، أما إذا قامت البينة على إفلاسه قبل الحبس، فيه روايتان، وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول: إنها تُقبَل، وقال عامة المشايخ: لا تُقبَل، وهو الصحيح.

الحجر على الحر بسبب السفه والدين

(وإذا حبسه بالدراهم وله دنانير، فالقاضي يبيع الدنانير ويقضي دينه، فإن كان له عُرُوضٌ، لم يبعها، وقال أبو يوسف ومحمد: يبيع العروض، والعقار، وكل شيء).

وأصل هذا: أن الحَجْرَ على الحُرِّ بسبب السَّفَه، أو بسبب الدَّيْن، باطلٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، جائزٌ عندهما، وبيعُ ماله بغير رضاه حجرٌ عليه، فيكون على الاختلاف.

---

(١) في ب (ليسأل عن حاله).

(٢) في ب (ستَّة أشهر).

لهما: أن المديون امتنع عمَّا هو مستحقٌ عليه: وهو قضاء الدين، فناب القاضي منابَه، كما في طلاق العِنِّين، وبيع العبد المأذون المديون، وبيع مَكاسبه.

ويؤيِّد ما قلنا: ما رُوِي عن عمر رضي الله عنه قال: «**أَلَا أن أُسَيْفِع جُهَيْنَة رضي من دينه وأمانته أن يُقال: سَبَق الحاج، أَلَا إنَّه إدَّان مُعرِضًا، فأصبح رِيْنَ عليه، فمن كان له عليه دين، فليعد إلينا، فأنا بائع ماله، قاسم بين غرمائه**»(١).

ولأبي حنيفة: أن القاضي يقوم مقامه فيما يعيّن طريقًا لإيفاء الحق ودفع الظلم، وبيعُ مالِه لم يتعيَّن طريقًا لقضاء الدين؛ لأنه متمكِّن من قضاء الدين بالاستقراض ونحوه.

والقياس: أن لا يبيع الدنانير بالدراهم، وإنما يبيع استحسانًا؛ لأن الدنانير مع الدراهم جنسٌ واحدٌ من حيث الثمنية؛ ولهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر.

ولهذا قلنا: إن مَنْ له على آخر دنانيرٍ، إذا ظفر بدراهم مديونه، كان له أن يأخذها في رواية، فكان بيع الدنانير إعانة له على استيفاء الحق، فلا يكون بيعًا.

وأما بيع العبد المأذون، وبيع مَكاسبه؛ فلأن المولىٰ لمّا أذن له في التجارة، فقد رضي به.

رجل مات وعليه ألفُ درهم لرجل، وترك عبدًا يُساوي مئةً، فأمر القاضي [الوَصِيَّ] ببيع العبد لأجل الدين، فباع الوصي، وقبض الثمن، وضاع من يده قبل قضاء الدين، ثم استحق العبد، أو مات قبل التسليم إلى المشتري، فإن المشتري يرجع بالثمن على الوصي، ثُمَّ الوصي يرجع بذلك على الغريم؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، والعاقد هو الوصي، فيرجع عليه، ثم الوصي يرجع بذلك على الغريم؛ لأنه باع لأجله، فكان حكم العقد واقعًا له.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٤٦٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٠/١٤١؛ والبغوي في شرح السنة ٨/١٩٠.

(وإن كان البائع هو القاضي أو أمينه، والمسألة بحالها، فإن المشتري يرجع بالثمن على الغريم، ولا يرجع على القاضي [ولا على] أمينه؛ لأن القاضي نُصِب ناظرًا للمسلمين، فلو رجع إليه الحقوق، لا يخرج عن الضمان أبدًا، فإذا تعذَّر الرجوع إلى القاضي، يرجع على الغريم ابتداءً)؛ لأن حكم العقد واقعٌ له كالوكيل بالبيع: إنْ كان حرًّا بالغًا عاقلاً، فلا ترجع إليه الحقوق، وإن كان عبدًا محجورًا، أو صبيًّا محجورًا، [لا ترجع إليه]، وترجع إلى الموكِّل.

القاضي نصب ناظرًا للمسلمين

والبيع لنفقة الوارث بمنزلة البيع لقضاء الدين (في جميع ما ذكرنا)[1]. [١٨٥/ب]

(ويكره تلقين الشَّاهد) (على قول أبي حنيفة ومحمد)[1].

وصورة ذلك: أن يقول [القاضي] للشاهد: أتشهد بكذا وكذا، ونحو كذا. وعن أبي يوسف: أنه حين ابتُلِي بالقضاء، رخَّص للقاضي أن يُلقِّنه بكلمةٍ أو كلمتين، **(أو يقول: أتشهد بكذا، وما أشبه ذلك)**.

تلقين الشاهد وصورته

وجه قول أبي يوسف: أن لمجلس القضاء من المهابة ما يمنعه عن أداء الشهادة على حسب ما تحمل، (فكان التلقين في هذا الموضع من باب إحياء الحقوق)[2]، والقاضي نُصِب لإحياء الحقوق.

ولهما: أنه سببٌ لتهمة القاضي إلى المَيْل، وإعانة أحد الخصمين، فلا يباح، كتلقين المدعي؛ ولأنه [لو رُخِّص له في ذلك، فرُبما] يُلقِّنه بما لا يكون من شهادته، فيتلقَّن ويشهد به، كما هو عادة الجهال: (أن المحتشِّم إذا لقَّن أحدهم، يُساعِده لحشمته)[3].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

(٢) العبارة في ب، د (فالتلقين بكلمة أو بكلمتين يكون إحياءً لحقوق الناس).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

بَابُ
مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَة

جبر الرحم المحرم على النفقة

(ويجبر ذو الرَّحِم المَحْرَم على النفقة على قَدْر مواريثهم).

اعلم أن النفقة تجب بأسباب: منها الرَّحِم، وقال الشافعي: لا تجب لغير الوالدين، والمولودين[١]، وقال ابن أبي ليلىٰ: تجب النفقة على كُلِّ وارثٍ، محرمًا كان أو لم يكن[٢].

(وعندنا: لا تجب النفقة بحكم القرابة على غير ذي الرحم المحرم، كأولاد الأعمام، وهو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

ومن الناس من قال: تجب، وهو قول عمر رضي الله عنه)[٣]؛ لظاهر قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣][٤].

ولنا: قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: ﴿وعلى الوارث ذي الرحم المحرم منه مثل ذلك﴾، فإن لم يثبت كونه قرآنًا؛ لفقد شرطه: وهو التواتر، فلا أقل من أن يكون خبرًا؛ ولأن هذه صلةٌ، فتتعلق بالقرابة التي يفترض وصلها: كالعتق، وحرمة المناكحة، وحرمة الرجوع في الهبة، وغير ذلك.

---

(١) انظر: المنهاج ص٤٦٣.

(٢) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٤٥٦.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

(٤) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص٢٠٦، ٢٠٧.

وعلى قول الشافعي: كما لا يستحق العتق إلَّا بالوِلَاد، لا تستحق النفقة إلَّا بالولاد.

وإذا اعتبرت المحرمية عندنا، لا تشترط الوراثة.

صور
أسباب النفقة

صغيرٌ: له خالٌ، وابنُ عمٍّ، عندنا: تجب النفقة على الخال دون ابن العمِّ، وإنْ كان الميراث لابن العمِّ.

عندنا: تعتبر المحرمية وأهلية الميراث، لا حقيقة الوراثة، حتى لو لم يكن أهلاً للميراث، بأن كان بينهما اختلاف الدين، لا تجب النفقة وإذا وجدت المَحْرَمِيَّة

وأهلية الميراث واليسار، تُوزّع النفقة [عليهم] على قَدْرِ مواريثهم، بيان ذلك: صغيرٌ له: أخٌ، وأختٌ، وهما مُوْسِرَان، كانت النفقة عليهما أثلاثًا على قَدْر الميراث.

وإن اجتمع المُوْسِرُ والمُعْسِرُ في [الورثة]، كانت النفقة على المياسير على قدر [مواريثهم][١].

بيان ذلك: صغيرٌ له: أمٌّ، وثلاثُ أخواتٍ متفرقاتٍ، إلَّا أن الأم والأخت لأب وأم مُوسِرَتان، وبقية الورثة مُعْسِرُون[٢]، كانت النفقة: على الأم والأخت لأب وأم، على أربعة أسهُم على قَدْر مواريثهما، ولو كانت الكل مياسير، كانت النفقة عليهم على ستة أسهم، على الأخت لأب وأم ثلاثةُ أسهُم، وسهمٌ على الأخت لأب تكملةَ للثلثين، وعلى الأم سهمٌ واحُد، وعلى الأخت لأم سهمٌ، فإذا اجتمع المُعسِر والمُوسِر، يعتبر المُعْسِر لمعرفة مقدار ما يجب على الموسر، ثم يجب الكل على المَيَاسِير على قدر سهامهم.

---

(١) في أ (أموالهم)، والمثبت من ب، د.

(٢) في ب، د (فقراء).

صغيرٌ له: عمٌّ، وخالٌ، وهما مُوسِران: كانت النفقة على العمِّ؛ لأنه أقرب من حيث الحكم عند الاستواء في الدرجة: يعتبر الوارث بمنزلة الأقرب، وإن كان العمَّ مُعْسِرًا، والخال مُوسِرًا: كانت النفقة على الخال، ويُجعَل المعسِرُ بمنزلة الميت، ولو كان له: خالٌ، وابن عَمٍّ، كانت النفقة على الخال؛ لأنها لا تجب على ابن العم عندنا.

صغيرٌ له: عَمَّةٌ، وخالةٌ، وابن عَمٍّ: كان على الخال الثلث، وعلى العمة الثلثان، ولا شيء على ابن العم؛ لأنه ليس من أهل الوجوب، فيكون بمنزلة الميت.

والموسِرُ فيه: مَنْ يملك مالاً تجب فيه الزكاة، ومن لا يملك ذلك، فهو معسرٌ.

ومن الأسباب: الوِلاد؛ لأنها فوق الأولىٰ، فتجب عليه نفقة والديه إذا كانا محتاجين، مسلمين كانا أو ذميين، والجدُّ أبُ الأب وإن علا، بمنزلة الأب إذا كان الأب ميتًا أو محتاجًا، وكذلك الجَدّ من قِبَلِ الأم، بمنزلة الأم إذا كانت الأم ميتةً أو محتاجةً، وكذا الجدات، وإن عَلَت مِنْ قِبَلِ الآباء والأمهات.

محتاجٌ له: ابنٌ، وبنتٌ، وهما مُوسِرَان، كانت النفقة عليهما على السواء في ظاهر الرواية؛ لاستوائهما في الوِلاد، وكذا لو كان له: ابنان مُوسِران، أحدهما مسلمٌ، والآخر ذمِيٌّ، ولو كان له: بنت، وأخ، وهما موسران، كانت النفقة: على البنت، وكذا في الابن مع الأخ.

[١٨٧/أ] ولو كان له: ابنة، وابن ابن، وهما مُوسِران، كانت النفقة على الابنة؛ لأنها أقرب، ولا يعتبر الميراث.

محتاجٌ له: أولادٌ صِغارٌ محاويجُ، وله ابنُ كبيرٌ موسِرٌ، يُجبَر الابنُ الكبيرُ الموسِرُ على أن يُنفِق على أبيه وأولاده الصِّغار، أما نفقة الأب؛ فَلِمَا قلنا، وأما نفقة الإخوة؛ فلأنَّ الأب إذا كان محتاجًا، كان بمنزلة الميت، فإنْ كان للأب المحتاج أمُّ ولدٍ، أو زوجةٌ ليست بأم لولده الكبير، لا يُجبَر الولد على نفقتها؛ لأنه لا قرابة بينها وبينه، إلَّا إذا كان بالأب عِلَّةٌ، لا يقدر على خدمة نفسه، وتحتاج إلى خدمة من يخدمه ويقوم بشأنه، فحينئذٍ، تجب على الولد نفقةُ مَنْ يخدمه: زوجةً كانت، أو أمَّ ولد له؛ لأنَّ الأب إذا كان يحتاج إلى الخادم، كانت نفقتها كنفقته، وفي بعض الروايات: أوجب نفقة الخادم، ولم يشترط الحاجة.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الأب فقيرًا به زَمَانة، أو لم تكن به زمانة والابن موسِرٌ، فإن كان الابن فقيرًا كسوبًا، ينظر القاضي في كسبه، إن كان يكسب قدر ما يُنفِق على نفسه وعياله، ويفضل، أجبره القاضي على أن ينفق [من الفضل] على أبيه؛ لوجود القدرة على الإنفاق، وإن كان لا يفضل كسبه عن قوته وعياله، لا شيء عليه في القضاء، وفي الديانة: ينبغي أن يضم الأب إلى عياله.

وكما يجب على الرجل نفقة أبويه، يجب عليه نفقة أولاده الصِّغار، ذكورًا كانوا أو إناثًا، إذا لم يكن لهم مال، يُجبَر على ذلك ويُحبَس، بخلاف سائر ديون الولد.

وإن كان معسِرًا لا يقدر على النفقة، ويقدر على الكسب، يفرض عليه النفقة.

وإن كان لا يقدر على الكسب، فإن كان للأولاد أمٌّ موسِرَةٌ، يأمرها القاضي بالاستدانة والإنفاق عليهم، وترجع بذلك على الولد إذا أيْسَر، وكذا لو كان الأب موسرًا وتمرّد وامتنع عن الإنفاق، وطلبت المرأة أن يأمرها بالاستدانة، أمرها القاضي بذلك، وترجع عليه؛ لأن [أمر] القاضي كأمره.

وإن كان الأولاد ذكورًا، بلغوا حدَّ الكسب، ولم يبلغوا الحُلْم، فأراد الأب أن يؤاجرهم، أو يُسلِّمهم في عمل؛ ليكتسبوا، وينفق من ذلك عليهم، كان له ذلك؛ لأنه يدفع المَؤُوْنَة عن نفسه بما فيه منفعة الصغير، وفي الإناث ليس له ذلك؛ لأن المستأجر يخلو بها، وذلك حرامٌ، (حتى لو آجرها من مَحْرَم لها، أو من امرأة ثِقَة، جاز [له ذلك])[١].

ولا يسقط عن الآباء نفقة [الإناث][٢] بعد البلوغ؛ لبقاء العَجْز، وتسقط نفقة الذكور؛ لثبوت القدرة على الإنفاق، حتى لو كان الابن زَمِنًا، كان على الوالد نفقته؛ لأنه عاجزٌ عن الكسب، فكان بمنزلة الصغير.

قالوا: ومن لا يقدر على الكسب [لخُرْقَة]، أو لكونه من أهل البيوتات، أو كان طالب علم، فهو بمنزلة الزَّمِنِ، إلَّا أن قبل البلوغ نفقة الأولاد تكون على الأب، فلا يشاركه في ذلك أحدٌ، وأما بعد البلوغ، فكذلك في ظاهر الرواية، وذكر الخَصَّاف رواية الحسن عن أبي حنيفة: أن نفقة الابن الزَّمِن البالغ، والبنت البالغة، تكون على الابوين أثلاثًا، ثلثاها على الأب، وثلثها على الأم.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من د.

(٢) في أ (الأبناء)، والمثبت من ب، د.

نفقة الرجل على زوجته

ومن الأسباب: الزوجية، تجب على الرجل نفقة امرأته مسلمةً كانت أو ذميةً، غنيَّةً كانت أو فقيرةً، صحيحةً كانت أو مريضةً، حرةً أو أمةً إذا بَوَّأها المولىٰ بيتًا، ما يكفيها من المأكول، والملبوس، والسكنىٰ.

أما المأكول: الدقيق والدهن، فإن قالت: لا أخبز ولا أطبخ، لا تُجبَر المرأة على ذلك، وعليه أن يأتيها بخبز وإدام، قال الله تعالىٰ: ﴿**مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ**﴾ [المائدة: ٨٩]، والطعام: ما يمكن تناوله، والحنطة والدقيق لا يمكن تناولهما، قالوا: هذا إذا كانت بها علَّةٌ، أو كانت من بنات الأشراف.

أما إذا كانت تقدر على ذلك، وهي ممن تخدم نفسها، ليس على الزوج أن يأتيها بطعام مهيَّأً.

والكسوة: دِرْعٌ، وخِمَارٌ، ومِلْحَفَةٌ، في كل ستة أشهر، وفي الشتاء مع ذلك جُبَّةٌ، ولا يجب الخُفُّ، والمِكْعَبُ، ولم يذكر السراويل، وذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء، وكلُّ ذلك على قَدْر يَساره وعُسرته؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿**عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ**﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وعلى قول الخصاف: يعتبر حالها في ذلك، حتى لو كان الزوج من الأشراف، يأكل الحَوَارَي والطَّير المَشْوِيَّ والباجات، والمرأة فقيرةٌ تأكل خبز الشعير في أهلها، يطعمها خبز البُرِّ وباجةً أو باجتين.

ولو كانا موسِرَين: كانت لها نفقة الموسِرِين، لا إسرافَ فيها، ولو كانا معسِرَين: لها نفقةُ المُعْسِرِين، لا تقتيرَ فيها، وإن كانت المرأة موسِرةً، والزوج معسِرًا، يطعمها خبز البُرِّ، وباجةً أو باجتين، يتكلَّف لذلك، ومن الكسوة: الفراش الذي تنام عليه، وفي الشتاء: لِحافٌ: ما تتغطَّىٰ به.

[١٨٦/ب] وكما تستحِقُّ نفقة نفسها، تستحِقُّ نفقة خادم لها، وعن أبي يوسف: تستحِقُّ نفقة خادمين، إلَّا أن خادم المرأة إذا امتنعت عن الطَبْخِ والخَبْزِ، لا تستحق النفقة على زوج مولاتها، بخلاف المرأة؛ لأن نفقة المرأة تجب بالاحتباس، ونفقة الخادم تجب بسبب الخدمة.

وخادم المرأة تستحق: الإزار، والخف، أو المِكْعَب؛ لأنها تحتاج إلى ذلك [لأجل الخروج]، والمنكوحة إذا كانت أمةً لا تستحقُّ نفقة الخادم؛ لأن الأمة خادمةٌ، تخدم نفسها.

والمسلمُ، والذِّمِّيُّ، والحُرُّ، والعَبْدُ الذي تزوَّج بإذن مولاه، في نفقة المرأة سواءٌ.

ويُباع العبدُ بنفقة امرأته كما يُباع في سائر الديون.

والناشزة لا تستحق النفقة: وهي التي خرجت من منزله بغير إذنه بغير حق، ولو كان الزوج ساكنًا في بيت المرأة، والمرأة تمنعه من الدخول عليها، كانت ناشزةً، إلَّا إذا سألته أن يحوِّلها إلى منزله، أو يكتري لها، ومنعته من الدخول، كانت لها النفقة.

ولو كانت مقيمةً في بيت الزوج، لكنها تمنع نفسها، ولا تُمَكِّنُ، كان لها النفقة؛ لأنه يقدر على قضاء الشهوة ظاهرًا إذا كانت في بيته، وللزوج أن يطأها على كُرْهٍ منها، إذا لم يكن الامتناع من أجل المهر.

وتجب نفقة المرأة الرَّتْقَاء؛ لأنه يمكن الانتفاع بها فيما دون الفرج، وكذا إذا مرضت في بيت الزوج.

وإنْ زُفَّت إليه وهي مريضة، لم يذكر هذا في الكتاب، قالوا: هي والأولىٰ سواءٌ، وعن أبي يوسف: إذا زُفَّت إليه وهي مريضة، لا نفقة لها، قالوا: إنما تجب النفقة للمريضة إذا كانت بحالٍ يُمكِن الانتفاع بها بوجهٍ من الوجوه.

وأما الصغيرة إذا كانت يجامع مثلها، فلها النفقة، وإن كانت لا تحتمل الجماع، لا نفقة لها، ويجب على الصغير نفقة امرأته الكبيرة؛ لأن العجز جاء من قِبَلِهِ، ولو كانا صغيرين، لا يُطيقان الجماع، لا نفقة لها؛ لأن العجز جاء من قِبَلِهَا، وكذا المَجْبُوْب إذا تزوَّج صغيرةً لا تحتمل الجماع، لا تجب عليه نفقتها حتى تحتمل الجماع.

وكما يجب على الرجل نفقة المنكوحة، يجب عليه نفقة المعتدَّة؛ لبقاء الاحتباس، إلَّا إذا اختلعت من زوجها على أن لا نفقة لها، فلا تستحق النفقة، وكذا لو خرجت عن بيت العِدَّة، سقطت النفقة، وإن عادت كان لها النفقة، كالمنكوحة إذا نشزت، ثم تابت وعادت إلى بيت الزوج.

طلب فرض النفقة من القاضي

وإذا طلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة، ويأمرها بالاستدانة، أجابها القاضي إلى ذلك؛ لأنها أنصفت فيما طلبت، فإن فرض لها القاضي، فاستدانت، وأنفقت من مالها، رجعت بذلك على الزوج؛ لأن نفقتها تصير دينًا بالقضاء.

وإن مات أحدهما قبل [القبض][1]، سقط المفروض؛ لأنها صلةٌ من وجه، وإن فرض لها القاضي وأمرها القاضي بالاستدانة، فاستدانت، ثم مات الزوج، كان لها أن ترجع بذلك في تركته في الصحيح من الجواب؛ لأن أمر القاضي بالاستدانة كأمر الزوج.

ولو صالحها الزوج من النفقة على شيء، فهو بمنزلة فرض القاضي؛ لأن ولايتهما على أنفسهما فوق ولاية القاضي، فكان فعلهما كفعل القاضي.

---

(١) في أ (القضاء)، والمثبت من ب، د.

امرأةٌ معسرةٌ، لها زوجٌ معسِرٌ، وابنٌ موسِرٌ من زوجٍ آخرَ، فإن نفقتها تكون على الزوج، لكن القاضي يأمر الابن بالإنفاق عليها، ثم يرجع بذلك على الزوج إذا أيسر؛ لأنه لو لم يكن لها زوجٌ، كانت نفقتها على الابن، فعند وجود الزوج، كان الابن أولىٰ بالاستدانة.

الملك من أسباب النفقة

ومن الأسباب: المِلْك، فإن كان المملوك [آدميًّا] قادرًا على الكسب، يكسب وينفق على نفسه من كسبه، وإن كان عاجزًا عن الكسب: بأن كان صغيرًا أو نحوه، يُجبَر المولىٰ على النفقة، ويُقال له: إما أن تنفق [عليه]، أو تبيع.

وإن كان المملوك دابةً، كان على المالك نفقتها، [ما لم يتركها][1]، لكن لا يجبره القاضي على نفقة الدابة؛ لأن الجبر قضاءٌ، فتعتمد سابقة الدعوىٰ، والدعوىٰ تتحقق من الآدمي، ولا تتحقق من الدابة، لكن يأثم بترك الإنفاق؛ ولأنه إضاعة المال.

جِئْنَا إِلَىٰ مَسَائِلَ الكِتَابِ:

اشترى جارية وولدت ولدًا فاستحقها رجل

(رجل اشترىٰ جارية، وولدت عنده ولدًا، (فاستحقها رجل ببينة)[2]، أخذ الجارية، وقيمة الولد من المشتري)؛ لأن المشتري استولدها بناءً على ظاهر الملك، فكان مغرورًا، وولد المغرور حُرٌّ بالقيمة؛ بقضاء عمر وعَلِيّ رضي الله عنهما؛ ولأن الاستيلاد لمّا كان بناءً على ظاهر الملك، كان المستولد مستحقًا للنظر، ومستحق الجارية استحق الجارية بجميع أجزائها، والولد من أجزائها، فكان مستحقًا للنظر أيضًا، فجعلنا الولد حُرًّا من الأصل في حق المستولد، [١٨٨/أ] وجعلناه عبدًا في حق المستحق، وقلنا بوجوب الضمان على المستولد؛ مراعاةً

(١) في أ، ب (ويأثم بتركها)، والمثبت من د.

(٢) في ب، د (ثُمَّ جاء رجل واستحقَّها).

للجانبين، وتعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأن الوالد صار ضامنًا بمنع الولد من المستحق، والمنع وجد وقت الخصومة؛ لأن المنع لا يتحقق قبل الطلب؛ ولهذا لو هلك الولد قبل الخصومة، لا يضمن شيئًا، كما في ولد المغصوبة.

(فإن مات الولد وترك عشرة آلاف درهم، ثم جاء مستحق واستحق الجارية، كان ميراثه للمستولد)؛ لأنه [جُعل] حرًّا في حق المستولد، ولا يغرم قيمة الأولاد؛ لأنه لم يمنع الولد من المستحق، والميراث ليس ببدلٍ عن الميت، حتى يجعل بقاء المال في يد الأب، كبقاء الولد، ومنعه كمنعه.

(وإن قَتَلَ الولدَ، كان على القاتل دِيَتُه؛ لأَنَّه حُرُّ الأصل، ويكون ذلك ميراثًا للأب بمنزلة كسبه، ويغرم المستولد قيمة الولد للمستحق)؛ لأن الدِّيَةَ بدل المقتول، فصار بقاء الدية في يده وقت الخصومة، كبقاء الولد، وإن لم يأخذ الدية من القاتل، لا يضمن قيمة الولد؛ لأنه لم يمنع الولد، لا حقيقةً ولا حكمًا، فلا يغرم قيمته.

زعم أن فلانا وكله بقبض ماله على فلان وصدقه الغريم

(رجل زعم أن فلانًا وَكَّلَهُ بقبض ماله على فلان، وصَدَّقَهُ الغَرِيم، يُؤْمَر بدفع المال إليه).

فرق بين هذا وبين ما إذا ادَّعىٰ أنه وكيلُ فلانٍ بقبض الوديعة، وصَدَّقَهُ المُوْدَعُ فيه، فإنه لا يُؤمَر بدفع الوديعة إليه، ورُوِي عن أبي يوسف: أنه يُؤمَر بدفع الوديعة إليه، وقد مرّت المسألة قبل هذا.

وإن دفع الغريم المال إلى الوكيل، ثم أراد أن يستردَّه، لا يملك ذلك، سواء صَدَّقَهُ في الوكالة، أو كَذَّبَهُ، أو دفع المال إليه ولم يُصَدِّقْه ولم يُكَذِّبْه، أما إذا صَدَّقَهُ؛ فلأن القبض وقع حقًّا، وفي الوجهين الآخرين احتمال الوكالة ثابتٌ، فلا ينقض القبض بالشك.

(فإن ضاع المال في يد الوكيل، ثم جاء صاحب الحق وأنكر الوكالة، كان القول قوله مع اليمين)؛ لأن الغريم يَدَّعِي عليه البراءة بقبض الوكيل، وهو ينكر، فيكون القول قوله مع اليمين، وإذا حلف لم تثبت البراءة، فيأخذ ماله من الغريم.

ثُمَّ هل يرجع الغريم على الوكيل؟ فهو على وجوه أربعة: إما أنْ صَدَّقَه ودفع المال إليه ولم يُضمِّنه، أو صَدَّقَه وضَمَّنَه، أو كَذَّبَه في الوكالة ودفع المال إليه، أو لم يُصدِّقه[1] ولم يُكذِّبه ودفع المال إليه.

ففي الوجه الأول: لا يرجع؛ لأنه يزعم أن [القابض] كان وكيلاً، إلَّا أن الطالب ظلمه في الإنكار، ومَنْ ظُلِمَ ليس له أن يظلم غيره، وفي الوجوه الثلاثة: له أن يرجع.

أما إذا صَدَّقَهُ وضَمَّنَهُ، معناه: أن يقول الغريم للوكيل: بلىٰ! أنت وكيلٌ، إلَّا أني لا آمن أن يحضر الطالب وينكر الوكالة، فيأخذ المال مني ظلمًا، فإن فعل ذلك، فهل أنت كفيلٌ بما أخذ مني ظلمًا، فإذا كفل، كان له أن يرجع عليه بحكم الكفالة، كما لو قال: إن غصب فلانٌ مالَك، فأنا ضامنٌ بذلك.

وفي الوجهين الآخرين: له أن يرجع أيضًا؛ لأنه إنما دفع المال إليه من غير تصديق، رجاء أن يجيز الطالب، فإذا لم يجز وأخذ المال، كان له أن يرجع.

---

(١) في ب زيادة (أو لم يصدقه وضمنه ولم يكذبه).

متفاوضان أذن أحدهما لصاحبه أن يشتري جارية ويطأها

(متفاوضان أذِن أحدهما لصاحبه أن يشتري جارية ويطأها، ففعل، فهي له بغير شيء، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه بنصف الثَّمَن)؛ لأنه اشترىٰ الجارية لنفسه، بدليل حَلِّ الوطء، [وأدَّىٰ][1] الثمن من مال الشركة، فيرجع عليه بنصف الثمن، كما لو اشترىٰ طعامًا رزقًا لأهله، ونقد الثمن من مال الشركة.

ولأبي حنيفة: أنَّ شراء الجارية كان داخلاً في عقد الشركة، فلا يعتبر إلَّا لضرورة، ولا ضرورة لإمكان حل الوطء بالهبة، فيجعل المشترىٰ[2] مشتركًا بينهما، ويجعل الآذن واهبًا نصيبه لصاحبه بعد الشراء، فلا يكون له أن يرجع، بخلاف شراء الطعام؛ لأنه من الحوائج الأصلية، فكان مستثنًى عن عقد الشركة، فلا يكون المشترىٰ مشتركًا بينهما. [والله تعالىٰ أعلم].

❊❊❊

(١) في أ (وإذا)، والمثبت من ب، د.

(٢) في ب (الشراء).

كِتَابُ الوَكَالَة
بَابُ الوَكَالَةِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ والعَيْنِ

وكّل وكيلاً بقبض عبد له في يد رجل

(رجل له عبدٌ في يد رجل، فوكَّل وكيلاً بقبضه، فأقام الذي في يده العبدُ البَيِّنَةَ على أن الموكِّل باعه إياه، فإني أوقفه حتى يحضر الموكِّل)، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن يُؤمَر بدفع العبد إلى الوكيل؛ لأن الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة، فلا ينتصب خصمًا في إثبات البيع على الغائب، وما لم يثبت البيع، لا ينقطع يد الوكيل عنه.

وجه الاستحسان: أن الوكيل قائمٌ مقامَ الموكِّل في القبض، فهذه بينةٌ قامت على شيئين: على البيع، وعلى ثبوت قصر يد الوكيل، وهو خصْمٌ في أحدهما، فيثبت ما هو خصْمٌ فيه، ولا يثبت الآخر، كما لو أقام البينة على أن الموكِّل عزله عن الوكالة.

(وعلى هذا إذا وكَّل رجلاً بنقل امرأته، أو مملوكته، فأقامت المرأة البينة أن زوجها طلَّقها [ثلاثًا]، وأقامت المملوكة البينة أن مولاها أعتقها، تقبل في قطع يد الوكيل استحسانًا، ولا يقضي بطلاق ولا عتاق. [١٨٧/ب]

وكّل بقبض دين له فأقام المديون البينة بالوفاء

ولو وكّله بقبض دَينٍ له على رجل، فأقام المديون البينة أنه أوفاه، قبلت بينته، ويُقضىٰ بالإيفاء والبراءة، وقال أبو يوسف ومحمد : هذا والأول سواء)، ولا يقضىٰ بالإيفاء، قالوا هذا؛ بناءً على أن الوكيل بقبض الدين، يملك الخصومة في قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يملك.

لهما: أنه وكَّله بالقبض، والخصومةُ غير القبض؛ لأنَّ في القبض يعتمد على أمانته، وفي الخصومة يعتمد على جَدله، فالتوكيل بأحدهما لا يكون توكيلاً بالآخر، كالتوكيل بقبض العين، وكما لو طلب منه القبض بلفظة الأمر، لا بصيغة التوكيل، فإنه لا يكون خصمًا، والدليل عليه: ما ذكر في المفقود: أن القاضي لو وكَّل رجلاً بقبض ديونه، يصِحُّ، ولا يكون خصمًا، فكذلك هنا، ولا يقضىٰ بالإيفاء، ويوقف حتى يحضر الغائب احتياطًا، كما في الفصل الأول.

ولأبي حنيفة: أن التَّوكيل بقبض الدين، توكيلٌ بالتَّمليك، والتَّمليكُ بعوضٍ؛ لأن الديون يُقضىٰ بأمثالها لا بأعيانها، فيقوم مقامَ المالك في [محلِّ] التَّمليكِ، وهو الدَّيْن، فتقبل البينة عليه، كالوكيل بالشراء إذا أراد الردَّ بالعيب، فأقام البائع البينة أن الموكِّل رضي بالعيب، تُقبل البينة عليه، وكذا الوكيل بأخذ الشفعة، لو أقيمت عليه البينة أن الموكل سلَّم الشفعة، تُقبل وتَبطُل الشفعة؛ ولهذا لو أقام المديون البينة أنه دفع المال إلى الوكيل، قُبلت بينته، بخلاف الوكيل بقبض العين؛ ولأن براءة ذمة المديون بالإيفاء من أحكام ما فُوِّضَ إليه، فيكون خصمًا في ذلك.

ولا يقال: لو كان وكيلاً بالمبادلة، وجب أن يلحقه العهدة في المقبوض؛ لأنا نقول: إنما لا تلحقه العهدة في المقبوض؛ لأن قبض الدين وإنْ كان مبادلةً من الوجه الذي ذكرنا، فهو استيفاءُ عين الحق من وجهٍ، ولهذا يصح من غير تراضٍ؛ لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به، فَلِشَبَهِه بالمبادلة جعلناه خصمًا، ولِشَبَهِهِ بأخذ العين لا تلحقه العهدة، عملاً بهما، هذا إذا ادَّعىٰ الإيفاء.

وإن ادَّعىٰ الإبراء فكذلك، ذكره شمس الأئمة السرخسي في «شرح الجامع الصغير».

وكّل بالخصومة في ماله فأقر الوكيل بأن موكله قبض المال

(رجل وكَّل غيره بالخصومة في ماله مع رجل، فأقرَّ الوكيل عند القاضي أن موكِّله قبض هذا المال، قضىٰ بذلك على الموكِّل، وإن أقر بذلك عند غير القاضي، لا يقضي بذلك على موكِّله، ويخرج الوكيل عن الوكالة)، وكذا لو كان وكيلاً من قِبَلِ المدعىٰ عليه، فأقرَّ بالمال على موكله، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن لا يصح إقراره في الوجهين، كما قال زفر، والشافعي[1]، وأبو يوسف أوَّلاً، أو يصح إقراره في الوجهين، كما قال أبو يوسف آخرًا.

وجه القياس: أنه وكَّله بالخصومة، والإقرارُ مسالمةٌ، فلا يملكها، كما لا يملك الصلح؛ ولهذا لا يصح إقرار الأب والوصي بالإجماع.

وجه قول أبي يوسف الآخر: أنه قام مقام الموكِّل في جواب الخَصْم، والإقرارُ جوابٌ كالإنكار، فكما يصح الإقرار من الموكِّل في مجلس القضاء وغيره، فكذلك من الوكيل.

ولأبي حنيفة ومحمد: أنه وكَّله في جواب مستحق على الموكِّل، والمستحق عليه الجواب في مجلس القاضي، لا في غير مجلسه، إلَّا أنه إذا ثبت بالبينة إقراره في غير مجلس القاضي، أخرجه القاضي من الوكالة، ولا يسمع خصومته؛ لمكان التناقض.

ولو وكَّل بالخصومة واستثنىٰ الإقرار في كلامه منفصلاً، لا يصح الاستثناء عند محمد.

ولو وكَّله بالخصومة، واستثنىٰ الإقرار، وتزكية الشهود في التوكيل، يكون وكيلاً بالإنكار لا غير، فإن أقر لا يصح إقراره على مُوَكِّله، ويخرج من الخصومة، وتمام هذه الجملة تُعرَف في موضعه.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٣٤٧.

وكَّل كفيله بمال بالقبض من الغريم

(رجل كفل عن رجل بمال، فوكَّله صاحب المال بقبض المال من الغريم، فإنه لا يكون وكيلاً أبدًا)، حتى لو هلك المال في يده، لا يهلك على الموكِّل؛ لأن الوكيل مَنْ يعمل لغيره، والكفيل في القبض عاملٌ لنفسه؛ لأنه لو كان وكيلاً وقبضه كقبض الموكِّل، يحصل له البراءة، وهو نظيرُ ما ذُكِر في المأذون.

المولىٰ إذا أعتق عبده المديون، فضمن قيمته للغرماء، ويبقىٰ العبد مطالبًا بجميع الدين للغرماء، فلو أن الطالب وكّل المولىٰ بقبض الدين من العبد، لا يصح توكيله؛ لأن المولىٰ في قبض الدين عن العبد، عاملٌ لنفسه؛ لحصول البراءة، فلا يصلح وكيلاً.

الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين

(الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين في ظاهر الرِّواية)؛ لأن الخصومة لا تنقطع إلَّا بالقبض، والتوكيلُ بالشيء توكيلٌ به وبما كان من تمامه، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن لا يملك ذلك، وهو قول زفر؛ لأن في الخصومة يعتمد على جدله، وفي القبض يعتمد على [أمانته]، ومشايخنا رحمهم الله [١٨٩/أ] تعالىٰ أخذوا بالقياس في زماننا؛ لفساد الناس.

(ولو وَكَّلَ رجلين بالخصومة في دين، وفي قبضه، فلأحدهما أن يُخاصِم، ولا يقبضان إلَّا معًا)، وعلى قول زفر: كما لا ينفرد أحدهما بالقبض، لا ينفرد بالخصومة؛ لأنَّ الموكِّل رضي برأيهما، فلا ينفرد أحدهما.

ولنا: أنهما لو حضرا، لا يخاصم إلَّا أحدهما؛ لأنهما لو تكلما معًا، لَعَجَز القاضي عن الاستماع والفهم، فلما وَكَّلَهما مع علمه أن اجتماعهما على الخصومة يُخِلُّ بالغرض، كان راضيًا بخصومة أحدهما، ومنفعةُ رأيهما تحصُل بالمشورة قبل ذلك، أما الرضا بأمانتهما واجتماعهما على القبض والحفظ، لا يكون رضًا بقبض أحدهما.

الدراهم تتعيّن في الوكالات

(رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم؛ لِيُنفقها على أهله، فأنفق عليهم عشرةً من عنده، فالعشرة له بعشرة [استحسانًا])، والقياس: أن يكون متبرِّعًا، ويرَدُّ الدراهم على الموكِّل، وإن استهلكها ضمن.

وجه القياس: أن الدراهم تتعين في الوكالات، حتى لو هلكت الدراهم قبل الإنفاق، تبطل الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه، فقد أنفق بغير أمره، فيكون متبرِّعًا.

وجه الاستحسان: أن التوكيل بالإنفاق، توكيلُ بشراء ما يحتاج إليه في النفقة، ولو وكَّل رجلاً بشراء الطعام ونحوه، ولم يدفع إليه الثمن، فاشترىٰ الوكيل ونقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يرجع بذلك على الآمر، فإذا ظفر بجنس حقه من مال الآمر، كان له أن يأخذ. وكذلك الوصي إذا قضىٰ دين الميت من مال نفسه، لا يكون متبرِّعًا؛ وهذا لأن الوكيل بالشراء والإنفاق لا يمكنه أن يحمل الدراهم مع نفسه، وقد يتَّفِق له في السوق شراء ما يحتاج إليه في النفقة، فيحتاج إلى أن ينقد من مال نفسه؛ تحقيقًا لغرض الآمر، فلا يُجْعَل متبرِّعًا.

التوكيل بإثبات الحدود والقصاص

(ويجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود، وقال أبو يوسف: لا يصح)، وقولُ محمد مضطربٌ.

لأبي يوسف: أن الوكيل بمنزلة البدل، والبدل لا مدخلَ له في هذا الباب، وبهذا لا يثبت ببدلٍ في الحجة: وهي الشهادة على الشهادة؛ احترازًا عن زيادة التهمة، فلا يثبت [ببدل] في الخصم؛ كَيْلَا يُوكِّل جَدَلاً يشتغل بالتبليس، ويُصوِّر الباطل بصورة الحق، ولو كان وكيلاً من قبل المدعىٰ عليه، فربما يأخذ الرشوة ويتهاون في الدفع.

ولأبي حنيفة: أنه وكَّله بما يقبل التدارك بعد الغلط، فيصح، كما لو وكَّله بإثبات حقٍّ آخرَ، بخلاف الشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة جُعِلت حُجةً بطريق الضرورة فيما يغلب وقوعُها، فلا [يصلح] حجةً فيما يحتال لدرئها، وقيل: إنما لا يجوز التوكيل عند أبي يوسف عند غيبة الموكِّل، أما إذا كان حاضرًا، يجوز عند الكل؛ لأن كلام الوكيل فيما لا ترجع العهدة إليه، ينتقل إلى الموكِّل [عند حضرته]، كالوكيل في باب النكاح.

(**ولا يجوز التوكيل باستيفاء [الحدود] والقصاص**)، يريد به: حال غيبة المقذوف، وولي القصاص.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يجوز ذلك، كما لو وكّله بالاستيفاء عند حضرته.

ولنا: أن القاضي مأمورٌ بدرء الحَدِّ والقصاص، وفي اعتبار حضرة صاحب الحق، درء الحد؛ لأنه إذا عاين العقوبة ربما يرحم فيعفو، أو يُكذِّب الشهود، [فيما لا] يصح العفو. [والله تعالىٰ أعلم].

❊ ❊ ❊

بَابُ
الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

الوكيل بشراء شيء بعينه بثمن غير مقدر

(رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما، ولم يُسمِّ ثمنًا، فاشترىٰ أحدهما، فهو جائزٌ؛ لأنَّه لَمَّا وكَّله بذلك مع علمه أنه [عسىٰ] لا يتيسَّر له الجمع، فقد وكَّله بشرائهما جملةً ومتفرقًا، فإذا اشترىٰ أحدهما بمثل قيمته أو بأكثر مِمَّا يتغابن الناس فيه، جاز، وإنْ اشتراه بغَبنٍ فاحشٍ، لا يجوز)، كما لو وكَّله بشراء عبد واحد.

ولو أمره أن يشتريهما بألف درهم، فاشترىٰ أحدهما بخمسمائة أو أقلَّ، جاز إذا كانت قيمتهما سواء؛ لأنه لو اشتراهما بألف، كان حصة كل واحد منهما خمسمائة، فإذا اشترىٰ أحدهما بخمسمائة، كان ممتثِّلاً أمرَه، وكذا إذا اشتراه بأقل من خمسمائة؛ لأنه خالفه إلى خير.

والوكيل بشراء شيء بعينه بثمن مقدَّر، إذا اشتراه بأقلَّ لا يكون مخالفًا، وإن اشترىٰ أحدهما بأكثر من خمسمائة، لم يلزم الآمر، إلَّا أن يشتري الباقي بقيمة الألف قبل أن يختصما، قلَّت الزيادة أو كثرت.

(وقال أبو يوسف ومحمد: إذا اشترىٰ أحدهما بما يتغابن الناس فيه، وبقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي، جاز).

لهما: أن الوكيل يملك شراء أحدهما، وانقسام الألف عليهما باعتبار القيمة لا تُعرَف إلَّا بالحَزْر والظَّنِّ، فإذا اشترىٰ أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه، وبقي من الألف ما يشتري به العبد الباقي، لا يتيقَّن [١٨٨/ب] بمخالفته أمرَ الموكِّل، فنفذ شراؤه عليه.

ولأبي حنيفة: التنصيص على الألف بمقابلتهما عند استواء القيمة، بمنزلة التنصيص على النصف، ولو نصَّ على الخمسمائة بمقابلة كل واحد منهما، لا يملك الزيادة، قلَّت الزيادة أو كثُرت، كذلك هاهنا.

فإن لم يختصما حتى اشترىٰ الباقي ببقيَّة الألف، القياس: أن لا ينفُذ على الآمر؛ لأنه صار مخالفًا بالأول، وفي الاستحسان: ينفُذ على الآمر؛ لأن الموكِّل صرَّح في طلب العبدين بألف، والانقسام كان بحكم الدلالة، فإذا حصل المقصود، جاء أوانُ العمل بالصريح، فتبطل الدلالة.

(وأجمعوا: على أن الوكيل بالإجارة إذا آجر بمكيل أو موزون، سوىٰ الدراهم والدنانير، جازت إجارته)[1].

أمر رجلاً ببيع عبد له فباعه بقليل أو كثير أو بعرض

(رجل أمر رجلاً ببيع عبدٍ له، فباعه بقليلٍ أو كثيرٍ، أو بعرض، أو باع نصفه، فهو جائزٌ.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه إلَّا بالدراهم والدنانير، بمثل القيمة أو بما يتغابن الناسُ فيه، ولا يملك بيع النصف)، وقد مرّت المسألة في كتاب البيوع.

(١) ما بين القوسين ساقطة من سائر النسخ.

رجلٌ أمر رجلاً أن يشتري له عبدًا بعينه، فاشترىٰ نصفه، (فهو له، أي)[1]: لا يلزم الآمرَ في قولهم، فإن اشترىٰ النصف الآخر قبل الخصومة، لزِم الآمرَ عندنا، وقال زفر: لا يلزمه.

وهذا وما لو وَكَّلَ بشراء عبدين بألف، فاشترىٰ أحدهما بأكثر من خمسمائة، ثم اشترىٰ الباقي ببقية الألف قبل الخصومة، سواءٌ.

أمر صبيًا محجورًا يعقل البيع ببيع عبد له

(رجل أمر عبدًا محجورًا، أو صبيًا محجورًا يعقل البيع والشراء، ببيع عبد له، فباعا، جاز، وكانت العهدة على الآمر).

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الصبي والمحجور وإنْ كان عاقلاً[2]؛ لأنه يتصرَّف على وجه الضرر غالبًا، فلا يملك البيع والشراء، كما لا يملك التبرُّع.

ولنا: أنه أهلٌ للتصرُّف؛ لأن أهليةَ التصرُّف تعتمد صحة العبارة، بأن يكون متكلِّمًا عن تمييزٍ وبيانٍ، لا عن تلقينٍ وهَذَيَانٍ؛ ولهذا لو أذن له الولي، صَحَّ إذنه، وإنما لا ينفذ تصرُّفه في ملكه قبل الإذن؛ لمكان الضرر، ولا ضرر له في هذا التصرُّف، بل النظر في تصحيح عبارته، والضررُ في إيجاب العهدة عليه، فأثبتنا النظر، ودفعنا عنه الضرر، وقلنا: يلزم العهدة على الموكِّل، كما في الرسول، والقاضي، وأمينه.

ثم الصبي إن بلغ، لا تلزمه تلك العهدة، والعبد إذا أُعتِق تلزمه تلك العهدة؛ لأن المانع من لزوم العهدة في حق العبد: حق المولىٰ، لا حقُّ العبد؛ لأنه من أهل الالتزام، وحقُّ المولىٰ زال بالعتق، أما المانع في حق الصبي حقُّه، وحقُّه لا يزول بالبلوغ.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من سائر النسخ.

(٢) انظر: المهذب ٣/١١.

ولو كانا مأذونين في التجارة، جاز تصرُّفهما، والعهدة عليهما، كما لو فعلا ذلك لأنفسهما، ويرجعان بذلك على الموكِّل، كما لو كان الوكيل حرًّا بالغًا.

عبد أمر رجلاً أن يشتري له نفسه من مولاه بألف

(عبدٌ أمر رجلاً أن يشتري له نفسه من مولاه بألف، ودفع الألف إليه، فاشتراه الوكيل، فإن بَيَّن المأمور للمولىٰ أنه يشتريه للعبد، فباعه مولاه على هذا، فالعبد حرٌّ، وولاؤه للمولىٰ)، كأن العبد اشترىٰ نفسه من المولىٰ، وإن لم يبيّن الوكيل ذلك للمولىٰ، فالعبد للمشتري، **(والألف للمولىٰ)**، وعلى المشتري ألفٌ أخرىٰ ثمن العبد.

فرق بين هذا وبينما إذا وكَّل رجل رجلاً بشراء عبد بعينه، فاشترىٰ الوكيل، كان العبد للموكِّل، سواء بيّن الوكيل أنه اشتراه لغيره، أو لم يبيّن.

والفرق: أن بيع العبد من نفسه: إعتاق، والشراء له قبولُ العتق، والولاء للمولىٰ، والوكيل فيه بمنزلة الرسول، لا ترجع إليه العهدة، فلا بُدَّ من البيان حتى يَتِمَّ رضا المولىٰ، ولا يلزمه الولاء من غير التزامه، فإذا لم يُبَيِّن، فقد أضاف العقد إلى نفسه، وظاهره يُوجِب تملُّك العبد، والتزام الثمن، وفيه رضا المولىٰ، فكان مشتريًا لنفسه، فيسلم الألف للمولىٰ؛ لأنه كسبُ عبده، وعليه ألفٌ أخرىٰ ثمن العبد.

وفيما إذا بيَّن الوكيل للمولىٰ أنه يشتريه للعبد، هل يجب على العبد ألفٌ أخرىٰ؟ لم يذكر في الكتاب، وينبغي أن لا يجب؛ لأن الأول مال المولىٰ، فلا يصح بدلاً عن ملكه، بخلاف ما إذا وكَّله غير العبد بالشراء؛ لأن ثمّة شراؤه لنفسه، أو للموكِّل في حق البائع واحدٌ، لا يختلف، فلا يشترط البيان.

قال لغيره: أمرتك أن تبيع عبدي بالنقد فبعته بالنسيئة

(**رجلٌ قال لغيره: أمرتك أن تبيع [عبدي] بالنقد، فَبِعْتَه بالنسيئة، وقال المأمور: أمرتَني بالبيع ولم تَقُلْ شيئًا، كان القول: قولَ الآمر**)؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، لو أنكر الإذن أصلاً، كان القول قوله، فإذا أَقَرَّ بصفة دون صفة، كان القول قوله.

فرّق بين هذا وبين ما (**إذا دفع مالاً مضاربةً إلى رجل، ثم اختلفا، فقال ربُّ المال: أمرتُك أن تبيع بالنقد، والمضارب يدَّعي الإطلاق، كان القول: قول المضارب**) استحسانًا، وفي القياس: القول فيه: قولُ ربِّ المال، كما ذكرنا في الوكالة. [١٩٠/أ]

وجه الاستحسان: أن الأصل في المضاربة: هو العموم والإطلاق، ولهذا لو دفع المال مضاربةً بالنصف، كان للمضارب أن يتصرَّف فيه ما بدا له من التجارة، فمن ادَّعىٰ الإطلاق فيه، فقد تمسَّك بالأصل، حتى لو اتفقا على التقييد، بأن ادَّعىٰ ربُّ المال المضاربة في نوع، والمضاربُ يدَّعي نوعًا آخرَ، كان القول فيه: قولَ ربِّ المال، بخلاف الوكالة، فإنها لا تقتضي الإطلاق والعموم؛ ولهذا لو قال لغيره: وكلّتك بمالي، لم يكن له أن يتصرَّف فيه بشيء.

رجل له على آخر ألف فأمر المديون بشراء بما لَهُ عليه هذا العبد

(**رجل له على رجل ألف درهم، فأمر المديون بأن يشتري له بما عليه هذا العبدَ، فاشتراه، فهو جائزٌ، وكذا لو أمره بأن يشتري له بما عليه من فلان عبده.**

وإن أمره بأن يشتري بما عليه عبدًا، فاشترىٰ، كان مشتريًا لنفسه، حتى لو هلك العبد في يد المأمور قبل أن يقبضه الآمر، يهلك على المأمور، وإن قبضه الآمر، فهو للآمر.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو لازمٌ للآمر إذا قبضه المأمور).

قال: أَسْلِمْ ما لي عليك في كذا

وكذا لو قال: أسلِم ما لي عليك في كذا، كان على الاختلاف.

ولو قال: أسلِم ما لي عليك إلى فلان في كذا، صَحَّ بالإجماع.

لهما: أن الدراهم لا تتعيَّن في العقود إذا كان عينًا، فكذا إذا كان دَينًا؛ ولهذا لو اشترىٰ شيئًا بدَينٍ له على البائع، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دَينٌ، لا يبطل البيع، وإذا لم يتعيَّن، بطل التقييدُ، وبقي الأمر بالشراء بمطلق الدراهم، فيجوز، كما لو قال: تصدَّق بما لي عليك على المساكين، فإنه يجوز، وكذا لو آجَرَ حَمَّامًا بأُجرةٍ معلومةٍ، وأمر المستأجر [بالمرمَّة] من الأُجرة، أو آجَرَ دابته وأمر المستأجر بأن يشتري له بالأُجرة عبدًا يسوق الدابة، ويُنفِق على الدابة.

ولأبي حنيفة: أن الدراهم تتعيَّن في الوكالات؛ ولهذا لو هلكت الدراهم المدفوعة إلى الوكيل بالشراء، بطلت الوكالة، فإذا تعيَّن، كان توكيلاً بتمليك الدين مِنْ غير مَنْ عليه الدين، فلا يجوز[1]، كما لو قال: ادفع ما لي عليك إلى مِنْ شِئْت، وكذا لو اشترىٰ صاحب الدين شيئًا من زيد بدراهم له على عمرو، بخلاف ما إذا عيّن البائع؛ لأن البائع يصير وكيلاً عن الآمر بالقبض، فلا يكون أمرًا بتمليك الدين مِنْ غير مَنْ عليه الدين، وكذا إذا عيّن المبيع؛ لأن بتعيُّن المبيع، يتعيَّن البائع، وبخلاف الصدقة؛ لأن الصدقة: إخراج المال إلى الله تعالىٰ.

وأما مسألة إجارة الحَمَّام ونحوها، قيل: ذلك قولهما، وإن كان قول الكلِّ، فإنما جاز باعتبار الضرورة؛ لأن المستأجر لا يجد الأجر في كل وقت، فجعلنا الحمام قائمًا مقام الأجر في القبض.

---

(١) في ب (وذلك باطل).

وإذا لم يصِحَّ التوكيل عند أبي حنيفة، يصير الوكيل مشتريًا لنفسه، فإذا هلك في يده، يهلك على الوكيل، وإن دفعه إلى الآمر، فهو للآمر؛ لأنه دفعه على جهة التَّمليك، فكان بيعًا بالتَّعاطي.

أمر رجلاً بشراء جارية له بألف، فاشتراها وقال الآمر: بخمسمائة

(**رجل أمر رجلاً أن يشتري له جاريةً بألف، فاشترىٰ جاريةً، فقال الآمر: اشتريتَها بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتُها بألف، فالقول قول المأمور**).

وهذه المسألة على وجهين: إما إن كانت تساوي ألفًا، أو خمسمائة، فإن كانت تساوي ألفًا، فالقول قول المأمور، كما قال في الكتاب؛ لأن المأمور يدَّعي الخروج عن عهدة الأمانة، فكان القول قوله.

وإن كانت تساوي خمسمائة، فالقول قول الآمر؛ لأنه خالف أمره، [لأنَّه] إن اشتراها بألف، فالوكيل يشتري جاريةً بغير عينها، لا يملك الشراء بغبنٍ فاحشٍ.

وإن اشتراها بخمسمائة، فالأمر يتناول جاريةً مشتراةً بألف، فكان مخالفًا، فيكون مشتريًا لنفسه؛ لِمَا قلناه، هذا إذا كان الآمر دفع المال إلى الوكيل.

(**فإن أمره بالشراء ولم يدفع إليه المال، فالقول قول الآمر على كلِّ حال، والجاريةُ تلزَم المأمور**)، أما إذا كانت تُساوي خمسمائة؛ فلِمَا قلنا، وإن كانت تساوي ألفًا، فالقول قول الآمر أيضًا؛ لأن المأمور يدَّعي لنفسه دينًا في ذمة الآمر، وهو يُنكِر، فكان القول قوله.

قالوا: إذا كانت الجارية تساوي ألفًا، ينبغي أن تلزمَ الآمر؛ لأنه إن اشتراها بألف، فقد وافق أمره، وإن اشتراها بخمسمائة، فالوكيل بالشراء

بألف، إذا اشترىٰ بخمسمائة جاريةً تُساوي ألفًا، تلزم الآمر، وإنما أراد محمد رحمه الله تعالىٰ بهذا الجواب: أنهما يتحالفان إذا كانت تُساوي ألفًا، وإذا حلفا كانت الجارية للمأمور؛ لأن الوكيل بالشراء مع الموكِّل، ينزل [١٨٩/ب] منزلة البائع مع المشتري، إذا لم يكن الغبن ظاهرًا في عقده، كأنه اشترىٰ لنفسه ثم باعه من الآمر، والاختلاف في الثمن بين البائع والمشتري، يُوجِب التحالف، وإذا تحالفا يفسخ البيع التقديري الذي بين الوكيل والآمر، فتبقىٰ الجارية للمأمور.

ولو أمره بأن يشتري له هذا العبد بألف درهم، أو لم يذكر الثمن، فقال الآمر: اشتريته بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتُه بألف، وصدَّق البائع المأمور، كان القول قول المأمور مع يمينه.

قال الفقيه أبو جعفر: هذه المسألة فارقت المسألة المتقدِّمة؛ حيث أوجب التحالف ثمّة، وألزم الجارية للمأمور، وهنا لم يُوجِب التحالف، وألزمها الآمر؛ لأن هاهنا: وضع المسألة فيما إذا كان البائع حاضرًا، وصدّق المأمور، فيُجعَل تصادقُهما بمنزلة إنشاء [العقد]، ولو أنشأ العقد كانت الجارية للآمر.

وقال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالىٰ: في هذه المسألة أيضًا، يجري التحالف، فإذا حلفا، كانت الجارية للمأمور، ولا يعتبر تصديق البائع في حق الموكِّل؛ لأنهما ما قصدا إنشاء العقد، وإنما قصدا الإقرار، والأول أصحُّ.

أمر رجلاً بشراء ثوب أو دابة، ولم يسمِّ ثمنًا

(رجل أمر رجلاً أن يشتري له جاريةً، أو قال: ثوبًا، أو دابةً، أو دارًا، ولم يُسَمِّ [ثمنًا]، فهو مشترٍ لنفسه، والوكالة باطلةٌ، وإن سمّىٰ ثمن الدار، وبيَّن جنس الدابة والثوب، جازت الوكالة).

الأصل في هذا: أن الجهالةَ اليسيرةَ لا تمنع التوكيل؛ لأنها لا تمنع الامتثال، والجهالة الفاحشة تمنع [التوكيل؛ لأنها تمنع] الامتثال.

الجهالة أنواع ثلاثة

والجهالة أنواع ثلاثة: فاحشة: وهي الجهالة في الجنس، وهذه الجهالة تمنع الوكالة وإن بيَّن الثمن، كما لو قال: وكَّله بشراء ثوبٍ أو دابةٍ، وسمَّىٰ الثمن، لا يصِحُّ ما لم يُبيِّن النوع؛ لأن الثوب أجناسٌ مختلفةٌ، يتناول الكِرْبَاس، والخَزَّ، والحَرِير، وغير ذلك، وعند اختلاف الجنس، يختلف الغرض، وببيان الثَّمن لا تزول هذه الجهالة، فإن الهروي مع المروي ربما يتَّفِقَان في الثمن، فلا يَقْدِرُ على الامتثال، وكذا الدابة؛ لأنها تتناول أجناسًا مختلفة، فما لم يُبيِّن النوع، لا يَصِحُّ.

وكذا لو قال: اشْتَر لي مملوكًا، أو حيوانًا، وبيَّن الثمن، لا يجوز؛ لأن المملوك والحيوان يتناول أجناسًا مختلفةً، فما لم يُبَيِّن النَّوع، لا يجوز.

وأما الجهالة اليسيرة: فهي ما كانت في النوع المَحْض، كما لو وكّله بشراء حمارٍ، أو فرسٍ، أو ثوبٍ يهوديٍّ، أو نحو ذلك، يصِحّ وإن لم يُبيِّن الثمن.

وقال بشرٌ: لا يصِحُّ التوكيل، والصحيح: مذهبنا؛ لما رُوِي: «**أن رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم وكَّل حكيم بن حزام بشراء شاة الأضحية**»[1]؛ ولأن جهالة النوع لا يُخِلُّ بالمقصود، ويُمكِن رفعُها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكِّل، حتى لو أن كياسًا، أو فاليزياً وكَّل رجلاً أن يشتري له حمارًا، فاشترىٰ حمارًا مصريًّا بألف، لا يلزم الآمر، وكذا لو وكّل واحدٌ من العوام رجلاً بشراء الفرس، فاشترىٰ فرسًا يصلح للملوك، لا يلزم الآمر.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٥٧)، وقال: «لا نعرفه إلَّا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم»؛ ولأبي داود نحوه عن حكيم (٣٣٨٦).

وجهالةٌ بين النوع والجنس، كما لو وكّله بشراء عبدٍ، أو جاريةٍ، إن بيّن الثمن والصفة، فقال: هنديًّا، أو تركيًّا، أو روميًّا، جازت الوكالة، وإن لم يُبيِّن الثمن أو الصفة، لا تجوز؛ لأن التفاوت في العبيد والجواري أكثرُ من التفاوت في سائر الأشياء، وعادةُ الناس في ذلك مختلفةٌ، فكان بَيْن الجنس والنوع [تفاوت].

وكذا الدار؛ لأنَّها تختلف بقِلَّة المَرَافِق وكثرتها، فإن بَيَّنَ الثمن، يلحق بجهالة النوع، وإن لم يُبيِّن، يلحق بجهالة الجنس.

وعلى قول المتأخرين: يشترط بيان المَحَلَّة؛ لأنها تختلف باختلاف المَحَالِّ، وبما سمّىٰ من الثمن، تُوجَد الدار في كل محلَّةٍ.

وكذا لو قال: اشتر لي حنطةً، لا يصحُّ ما لم يُبيِّن عدد القُفْزان، أو الثمن؛ لأن هذا الاسم يتناول القليل والكثير، فما لم يُبيِّن القدر أو الثمن، لا يجوز.

وكّله بشراء جارية وسمّى الجنس والثمن فخالفه

ولو وكَّلَه بشراء جاريةٍ، وسمَّىٰ الجنس والثمن، فاشترىٰ عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو الرجلين، يلزم الآمر في قول أبي حنيفة إذا لم يشتر بغبن فاحش.

وقال أبو يوسف محمد: يلزم المأمور.

فإن كانت عوراء أو مقطوعة إحدىٰ الرِّجْلَيْن، أو إحدىٰ اليدين، يلزم الآمر في قولهم جميعًا.

لهما: أن المطلق ينصرف إلى المتعارف، وشراء العمياء والمُقْعَد، ليس بمتعارف، والفقه فيه: أن قطع اليدين [والرِّجْلَيْن] ونحو ذلك يفوت جنس المنفعة، فكان استهلاكًا حكمًا، فلا يتناوله مطلق اسم الرَّقَبة؛ ولهذا لا يجوز بها التكفير، بخلاف العوراء ونحوها. [١٩١/أ]

ولأبي حنيفة: أن مطلق اسم العبد والجارية، يتناول الكل، فلا يتقيَّد إلَّا بدليل، والعُرف مشترك، فإن الإنسان قد يشتري العمياء ترحُّمًا عليها، حتى لو قال: اشتر لي جاريةً تخدِمني، فاشترىٰ العمياء، لا تلزم الآمر، وإنما لا تجوز بها التكفير؛ لأن الكفارة شُرِعت للزَّجْر، وبإعتاقها لا يحصل الزَّجْر؛ (لأن المعتَق ليس إلَّا كَلًّا) وعيالاً على الناس؛ ولأن الواجب إعتاق الرقبة، ومطلق اسم الرقبة لا يتناول العمياء.

ولو وكَّله بشراء رقبة، وبَيَّنَ الثَّمن، فاشترىٰ العمياء، لا يجوز في قولهم؛ لأن ذهاب العينين يُخِلُّ باسم الرقبة، بخلاف ما لو قال: جاريةً.

وكَّل رجلاً ببيع عبده فوكَّل الوكيل غيره

(**رجل وكَّل رجلاً ببيع عبده، فوكَّل الوكيل غيره، فباعه الثاني، والوكيل الأول غائب، لم يَجُزْ، وإن كان حاضرًا، جاز**)، وقال زفر: لا يجوز.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يجوز على كل حال، وللوكيل أن يُوكِّل غيره؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكِّل، فيملك ما يملكه الموكِّل، كما لو قال له الموكِّل: ما صنعت من شيء، فهو جائز؛ ولهذا كان للعبد المأذون والمضارب أن يوكِّل.

وزفر يقول: بأن البيع ونحوه، تصَرُّف يحتاج إلى الرأي والمشورة، والموكل رضي برأي الأول، ولزوم العُهْدة على الأول، ولو جاز بيع الثاني بحضرة الأول، كانت العُهدة على الثاني، فلا يجوز.

ولنا: أن هذا تصرُّفٌ يحتاج إلى الرأي، والموكِّل لم يَرْضَ برأي الثاني، فلا ينفذ بيع الثاني عليه، ولا كذلك المأذون والمضارب؛ لأن مبنىٰ الإذن على التعميم، فيصير كأنه قال: ما صنعت من شيء فهو جائز، وإذا باع الوكيل الثاني بحضرة الأول، حصل الانتفاع برأي الأول، فينفذ، ولا تعتبر العهدة؛ لأنها موهومةٌ، عسىٰ تظهُر، وعسىٰ لا تظهُر.

وذكر في «المبسوط»: أن العُهدة تكون على الوكيل الثاني؛ لأنه هو العاقد، وذكر البقالي: أنها تكون على الوكيل الأول.

وكذا لو كان الأول غائبًا، فبلغه الخبر، وأجاز بيع الثاني، أو باعه فضولي، فأجاز الوكيل الأول، يجوز عندنا، خلافًا لزفر؛ لِمَا قلنا.

(وكذا لو وكَّل رجلاً بشراء ثوب يهودي، فوكَّل الوكيل رجلاً، فاشترىٰ الثاني، إن اشترىٰ بحضرة الأول، جاز على الآمر، وإلَّا فلا).

وكذلك لو أمره بشراء ثوب يهودي، وبَيَّنَ الثَّمن، أو عَيَّنَ المَبِيع؛ لأنَّ تقدير الثمن يمنعه عن الزيادة، ولا يمنعه عن النقصان، فالرضا بعقد الأول، لا يكون رضًا بعقد الثاني، فلا ينفذ عقد الثاني على الآمر إذا كان الأول غائبًا.

وذكر في بعض الروايات: أن الوكيل بالبيع إذا وكَّلَ غيره، وبَيَّنَ له الثمن، فباع الثاني، جاز بيعه، كما لو وكل غيره ولم يُبيِّن الثمن، فباع الثاني [ما جاز][1] الوكيل الأول [بيعه]، يجوز بيعه.

الوكيل بالطلاق إذا وكَّل غيره

والوكيل بالطلاق أو العتاق إذا وَكَّل غيره، فَطَلَّق الثاني، لا ينفذ على الآمر، وإن كان ذلك بحضرة الوكيل؛ لأنهما يتعلقان بالشروط، والآمر علَّقه بلفظ الأول دون الثاني.

(مكاتبٌ، أو عبدٌ، أو ذِمِّيٌّ، زَوَّجَ ابنته الصغيرة وهي حرة مسلمة، لم يَجُز، وكذا لو باع أو اشترى لها).

أما الذمي؛ فلأنه لا ولاية للكافر على المسلم.

---

(١) في أ (وأجاز)، والمثبت من ب، د.

وأما العبد؛ فلأنه لا ولاية له على نفسه، فعلىٰ غيره أولىٰ، والمكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ.

(قال يعقوب ومحمد: وكذلك عندنا المرتد إذا مات على رِدَّتِه، والحربي المستأمن، لا يجوز بيع واحد منهما، ولا شراؤه، ولا نكاحه على ولده الصغير).

أما المستأمن؛ فلأنه أبعد من الذمي، فإذا لم يكن للذِّمِّيِّ ولاية[1]، فالحربي أحق، وأما المرتد؛ فلأن ولايته على أولاده موقوفةٌ بالإجماع؛ لأن الولاية تثبت بطريق النظر، واتفاق الملة داعٍ إلى النظر، والاختلاف مانع.

وحال المرتد متردِّدٌ، فتتوقف عقوده، فإن قتل على رِدَّته، يستقر جهة الانقطاع، فتبطل عقوده، وإن أسلم، جُعِل كأنه لم يَزَل مسلمًا، فتُنفَذ عقوده.

وَصِيٌّ احتال بمال اليتيم

(وَصِيٌّ احتال بمال اليتيم، إن كان ذلك خيرًا لليتيم، جاز).

أراد بذلك: أن يكون المحتال عليه أملأ من المُحِيْل؛ لأنه قربان مال اليتيم على وجه الأحسن.

وإن كان شرًّا لليتيم، بأن كان المحتال عليه مُفْلِسًا، لم يَجُز على الصغير.

ثم ينظر: إن كان الدين واجبًا بعقد الوصي، برئ المُحِيْل عن الدَّيْن، ويَضْمَن الوصي للصغير، وعلى قول أبي يوسف: لا تصح الحوالة.

وكذلك الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن، عندهما: يصح إبراؤه، وعلى قول أبي يوسف: لا يصح إبراؤه.

(١) العبارة في ب (فإذا لم يملك الذمي، فالحربي أحق).

ولو أخذ الوكيل بالبيع بالثمن رهنًا، أو كفيلاً، جاز، حتى لو هلك الرهن في يده، لا يَضْمَن؛ لأن أخذ الرهن من باب الاستيفاء، وهو يملك الاستيفاء[١]، وأخذ الكفيل للتوثق، فيملك الوكيل.

وكّل رجلين ببيع عبده بألف، فباع أحدهما

(**ولو وَكَّل رجلين ببيع عبده بألف، فباع أحدهما عند غيبة الآخر، لم يَجُز**)؛ لأنه رضي برأيهما، والاجتماع مفيد؛ لأنهما عسىٰ يبيعان عند الاجتماع بأكثر مما يبيعه أحدهما، (**وكذا الوكيل بالخلع**)، والعتق على المال.

وكذا لو قال لرجلين: أمر امرأتي بيدكما، فطلَّقها أحدهما، لا يقع؛ لأنه ملَّكهما وفوَّض الأمر إليهما، ولو وكَّلهما بالطلاق أو العتاق بغير بدل، فطلّق [١٩٠/ب] أحدهما، يقع.

وكذا لو وكَّل رجلين برَدِّ الوَدائع، والعَواري، والغُصوب، وقضاءَ دين عليه؛ لأن هذه التصرُّفات لا تحتاج إلى الرأي والمشورة، فلا يفيد اجتماعهما، فلا يتقيَّد، وكذا الوكيلان بالخصومة، وقد ذكرنا.

❊❊❊

(١) في ب (الاستيثاق)، والمعنىٰ واحد.

كِتَابُ
الدَّعْوَى

اشترى جارية، فولدت عنده ولدًا، فأعتق الأم

(رجل اشترىٰ جارية، فولدت عنده ولدًا، فأعتق المشتري الأم، ثم ادَّعىٰ البائع الولد، فهو ابنه، يَرُدُّ عليه بحصته من الثمن).

وهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إما أن يعلم أن العُلوق كان في ملك البائع: بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو عُلِم أنه لم يكن في ملك البائع: بأن ولدت لأكثر من سنتين من وقت البيع، أو كان مشكوكًا: بأن ولدت لأقل من سنتين.

فإن عُلِم أن العلوق كان في ملك البائع، بأن اشترىٰ جاريةً وباعها بعد سنتين، وولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، فادَّعىٰ البائع، صَحَّتْ دعوته، والقياس: أن لا تصح، وهو قول زفر؛ لأن بيع الجارية، إقرارٌ منه بصحته، فإذا ادَّعىٰ فساده، كان مُناقِضًا، فلا تُسمَع دعواه.

ولنا: أن علوق الولد في ملكه، بمنزلة الشهادة على كون الولد منه، فكان له حق استلحاق النسب، وللولد حق الحرية، وأنه لا يبطل ببيع الجارية، فصحّت دعوته، ولو بطلت الدعوىٰ، إنما تبطل بسبب التناقض، فهذا تناقض فيما طريقه الحق، فلا يمنع صحة الدعوىٰ، كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع أنه كان طلَّقها ثلاثًا قبل الخلع، قُبِلت بينتها، وكذا المكاتب إذا أقام البينة أنه كان أعتقه البَتَّة قبل ذلك، قُبِلت بينته، كذلك هاهنا.

وإذا صحَّت الدّعوة، وثبت النسب، يُرَدُّ الولد على البائع؛ لأنه ظهر أنه كان حرًّا، وعلى البائع حصة الولد من الثمن، يَرُدُّه على المشتري؛ لأن الولد كان موجودًا في البطن وقت البيع، وبالانفصال صار مقصودًا، فكان له قسطًا من الثمن، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع؛ لأن المشتري حين أعتق الأم، نفذ إعتاقه؛ لقيام الملك له من حيث الظاهر، وثبت له الولاء، وأنه لا يحتمل النقض.

ولو جعلنا الجارية أم ولد للبائع، يبطل بيع الجارية، فيبطل إعتاق المشتري، ويبطل ولاؤه، وذلك ممتنع، وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد وحريّته أن تصير الجارية أم ولد له، كما في ولد المغرور، وإذا لم يبطل بيع الجارية، لا يجب على البائع رَدُّ كل الثمن، بل يجب عليه رَدُّ حصة الولد.

ومن المشايخ مَنْ قال: على قول أبي حنيفة: يسترد كل الثمن؛ لأن أم الولد لا قيمة لها في قوله، وهذا [قول] يخالف الرواية، وكيف يستردُّ كل الثمن، والبيع لم يبطل في الجارية، حتى لم يبطل إعتاق المشتري؟ فإن كان المشتري أعتق الولد ولم يُعتِق الأم، ثم ادَّعىٰ البائع نسب الولد، لا تصح دعوته؛ لأن المشتري استحق ولاء الولد بالإعتاق، وأنه بمنزلة النسب، فلا يمكن إبطاله، ولو ثبت نسبه من المشتري، لا تصح دعوة البائع، فكذا إذا ثبت ولاؤه للمشتري.

وإذا بطلت الدعوة في الولد، بطلت في الأم، ولا تصير الجارية أم ولد؛ لأنها تبعٌ للولد في هذه الدعوة[1]، وحقها ثبت تبعًا لحقه، قال عليه الصلاة

(١) في ب (الوجوه).

والسلام: «**أعتقها ولدها**»(١)، فإذا بطلت الدعوة في الأصل، تبطل في التبع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمّة لم تصح دعوته في الجارية، وبطلان الدعوة في الجارية، لا يمنع الدعوىٰ في الأصل، هذا إذا علم أن العلوق كان في ملك البائع.

فإن كان مُشْكِلاً، بأن جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا، ولأقل من سنتين من وقت البيع، فادَّعَاه البائع، لا تصح دعوته إلَّا بتصديق المشتري؛ لأن علوق هذا الولد جاز أن يكون بعد البيع، فلم نتيقن بقيام حق الدعوىٰ للبائع، فإذا كذَّبه المشتري، لا تصح دعوته، وإن صَدَّقه ثبت النسب، وتصير هذه المسألة والمسألة الأولىٰ سواء.

وإن علم أنه حصل من علوق بعد البيع، بأن ولدت لأكثر من سنتين من وقت البيع، فادعاه البائع، وكذّبه المشتري، لا تصح دعوته، ولا يثبت النسب، وإن صدّقه المشتري، يثبت نسب الولد منه، ولا يبطل البيع، ويحمل ذلك على الاستيلاد بحكم النكاح؛ حملاً لأمره على الصحة، ولا يُعتَق الولد.

صبي في يد رجل فقال: هو ابن عبدي فلان الميت ثم قال: هو ابني

(**صبي في يد رجل، فقال: هو ابن عبدي فلان الغائب، أو الميت، ثم قال: هو ابني، لا يكون ابنه أبدًا، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كذّبه الغائب فيما أقر، ثم ادَّعىٰ المولىٰ أنه ابنه، صحّت دعوته**).

لهما: أن إقراره للعبد، بطل بالتكذيب، فصار كأنه لم يكن، فتصح دعواه بعد ذلك، كما لو اشترىٰ عبدًا، فأقر أن البائع كان أعتقه قبل البيع، وكذّبه البائع، ثم قال: أنا أعتقته، تصح دَعوته، ويتحوَّل الولاء إليه. [١٩٢/أ]

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)؛ وعبد الرزاق في مصنفه ٢٣٣/٧؛ وابن أبي شيبة ٤٠٠/٤؛ والدارقطني في سننه ١٣١/٤.

ولأبي حنيفة: أنه أقر بما لا يحتمل النقض بعد الثبوت، فلا يبطل بالرد والتكذيب، كمن أقرَّ بحرية عبد إنسان، وكذَّبه المولىٰ، لا يبطل إقراره، حتى لو اشتراه بعد ذلك، يُعتَق عليه، وكذا لو شهد على رجل بنسب صغير، فرُدَّت شهادته لمعنىٰ، ثم ادعاه الشاهد، لا تصح دعوته.

وإذا لم يبطل إقراره بالتكذيب، بقي حق العبد، حتى لو ادعاه بعد التكذيب، تصح دعوته، ومع بقاء حق العبد، لا تصح دعوته، ولهذا لا تصح دعوته قبل تصديق العبد وتكذيبه، وصار هذا كما قلنا في ولد الملاعنة: لمَّا بقي حق الملاعن، حتى تصح دعوته بعد النفي واللعان، ولا تصح دعوة الغير، كذلك هنا.

وأما مسألة الولاء: ذكر في بعض النسخ: الولاء أنَّه على هذا الاختلاف، ولئن كان قول الكل، فالولاء أثر من آثار الملك، وأنه [مِمَّا] يحتمل النقض باعتراض الأقوىٰ، كما يحتمل الانتقال من قوم الأم إلى قوم الأب.

فإذا ادَّعىٰ المشتري ولاءه، فقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوىٰ منه، فيبطل الموقوف ضرورةً.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: إذا اشترىٰ عبدًا صغيرًا، وخاف أن يدَّعي البائع نسبه، يقال للبائع: حتى يُقِرَّ أنه ابن فلان الغائب، حتى لا تُسمَع دعواه بعد ذلك.

صبي في يد رجلين، أحدهما مسلم والآخر نصراني، فقال المسلم: هو عبدي، وقال النصراني: هو ابني، فادَّعياه جميعًا معًا، فهو حر، وهو ابن النصراني؛ لأن نعمة الإسلام يمكنه اكتسابها، ونعمة الحرية لا، فكان توفير المنفعة فيما قلنا.

في يده غلامان توأمان وُلِدَا عنده فباع أحدهما

(رجل في يده غلامان توأمان، وُلِدَا عنده، فباع أحدهما، وأعتقه المشتري، ثم ادَّعىٰ البائع الغلام الذي في يده، فهما ابناه، وبطل عتق المشتري).

أما صحّة الدعوىٰ؛ فلأنه ادَّعىٰ نسب ولد وُلد بعلوق في ملكه، وهو محتاج إلى النسب، فيصح، وإذا ثبت نسب هذا الولد، ثبت نسب الآخر **(من غير دعوىٰ)**؛ لأنهما خُلِقا من ماء واحد، فلا يُتصوَّر أن يكون أحدهما منه والآخر من غيره، وإذا ثبت النسب، ظهرت حريّة الأصل، ومن ضرورته بطلان عتق المشتري؛ لأن حر الأصل لا يكون مَحَلًّا للإعتاق.

بخلاف ما ذكرنا في الولد الواحد إذا أعتقه المشتري، ثم ادَّعىٰ البائع نسب الولد، [حيث] لا تصح دعوته، فلا يبطل إعتاق المشتري؛ لأن ثمّة إعتاق المشتري نفذ ظاهرًا، وثبت له الولاء، فلا يبطل ذلك بكلام محتمل للصدق والكذب.

أما في مسألتنا: المبطل لإعتاق المشتري ثبوت نسب الولد، وحرية الأصل، وذلك أمر لا يمكن رفعه.

وبخلاف ما لو أعتق المشتري الأم، ثم ادَّعىٰ البائع نسب الولد، حيث لا يبطل إعتاق الجارية؛ لأنه ليس من ضرورة ثَبات نسب الولد: حريّة الجارية، كما في ولد المغرور.

امرأة ادعت صبيًّا أنه ابنها

(امرأة ادَّعت صبيًّا أنه ابنها، لم تصح دعوتها، حتى تشهد امرأة على الولادة).

أراد به: امرأة لها زوج، ادَّعت أنه ابنها من الزوج، وأنكر الزوج، وإنما لا تصح دعوتها؛ لأنها تحمل النسب على غيرها، وسبب ثَبات النسب وإن كان قائمًا: وهو الفراش، فليس من ضرورة النسب الولادةُ، فلا تثبت الولادة، ولا يتَعَيَّن الولد إلَّا بحجة، وشهادة القابلة حجةٌ في ذلك؛ لأن الولادة لا يحضرها الرجال، فيُقبَل فيها قول النساء.

والقياس في الرجل: أن لا يُصدَّق في دعوىٰ الولد إلَّا بحجة؛ لأنه يدَّعي لنفسه ولاية علىٰ غيره، وإنما قبلنا قوله؛ لأن دعواه، دعوىٰ علوق الولد منه، وذلك أمر باطن لا يوقف عليه، فيقبل قوله من غير حجة.

أما دعوىٰ المرأة دعوىٰ الولادة، [والولادة يمكن] إثباتها بالحجة؛ ولأن دعوىٰ الرجل إقرارٌ علىٰ نفسه بوجوب النفقة، والحفظ، والتربية، أما دعوىٰ المرأة، إقرارٌ علىٰ الزوج، لا يلزمها شيءٌ من ذلك، والدعوىٰ لا تقبل إلَّا بحجة، **(وإن صَدَّقَها الزوج، فهو ابنهما وإن لم تشهد القابلة علىٰ الولادة)**؛ لأنه لو انعدم إقرار المرأة، ثبت النسب بكلام الزوج، فعند دعوىٰ المرأة أولىٰ.

(وإن كان الصبي في أيديهما، فزعم الزوج أنه ابنه من امرأة له أخرىٰ، وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر، فهو ابنهما)؛ لأن الولد إذا كان في أيديهما، وسببه قائم بينهما: وهو الفراش، يُضاف إليه، ولا يُصدَّق كل واحد منهما في إبطال حق الآخر، كثوب في يد رجلين، يقِرُّ كل واحد منهما أنه بينه وبين فلان آخر، فإنه يكون بينهما، إلَّا أن ثَمَّة المُقَرَّ له يدخل في نصيب المُقِرِّ.

(جارية قالت: أنا أم (ولد فلان، وهو المولىٰ)[1]، وهذا ولدي منه، وأنكر المولىٰ، كان القول قوله. ولا يستحلف في قول أبي حنيفة. [١٩١/ب]

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: يستحلف)، [وقد مرَّت في كتاب القضاء][2]. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في ب، د هنا (لمولاي).

(٢) الزيادة من ب.

كِتَابُ
الإِقْرَارِ

قال: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت عندي

(رجل قال لغيره: أخذت منك ألف درهم وديعةً، فهلكت عندي، وقال صاحب المال: لا، بل أخذتها غصبًا، ضَمِنَ المُقِرُّ.

وإن قال: أعطيتنيها وديعةً، أو دفعتها إليَّ وديعةً، وقال صاحب المال: لا، بل أخذتها غصبًا، لا يضمن المُقِرُّ).

لأن في المسألة الأولىٰ: أقر بسبب الضمان: وهو الأخذ، قال عليه الصلاة والسلام: «**على اليد ما أخذت حتى تَرُدَّ**»[1]، ثم ادَّعىٰ البراءة بدعوىٰ الإيداع، فلا يُصدَّق إلَّا بحجة.

أما في المسألة الثانية: ما أقرَّ على نفسه بالسبب، بل أقرَّ بفعل صاحب المال، وهو الإعطاء والدفع، فكان منكرًا للضمان، فقبل قوله مع يمينه.

إذا أقرَّ له باليد فيؤمر بالردِّ إليه

(رجل قال: هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان، فأخذتها منه، وقال فلان: كَذَبْتَ، ولكنها لي، فللمُقَرِّ له أن يأخذها؛ لأنه أَقَرَّ له باليد حيث أقر بالأخذ منه، فيُؤمَر بالرَّدِّ إليه.

---

(١) الحديث أخرجه أحمد في المسند ٥/٨؛ وأبو داود (٣٥٦١)؛ والترمذي (١٢٦٦)؛ وابن ماجه (٢٤٠٠) عن سمرة؛ «والحديث صحَّحه الحاكم، وسَمَاع الحسن عن سمرة فيه خلاف مشهور»، كما في نيل الأوطار ص١٠٧٩ (الأفكار).

ولو قال : أعرت دابتي هذه فلانًا، فركبها، ثم رَدَّهَا عَلَيَّ، أو قال : أعرت ثوبي هذا فلانًا، فلبسه، ثم ردَّه عَلَيَّ، وقال فلان : كَذَبْت، بل الدابة والثوب لي، فالقول قول المُقِرِّ [استحسانًا] .

وفي القياس : القول قول المُقَرِّ لَه، وهو قول أبي يوسف ومحمد).

وجه القياس: أنه أقر أنها وصلت إليه من يد فلان، فيُؤمَر بالرد إليه، كما في الفصل الأول.

وجه الاستحسان: أنه ما أقر باليد للمستأجر والمستعير؛ لأن اليد ليست بمقصودة في الإعارة والإجارة، وإنما تثبت اليد ضرورة التمكُّن من الانتفاع، فلا تظهر في غير ذلك، فالإقرار بالإجارة والإعارة، لا يكون إقرارًا باليد.

وقوله: «رَدَّهَا عَلَيَّ»، إقرار بفعل الغير، وليس بإقرار على نفسه بما يوجب الرد، بخلاف الوديعة؛ لأن المقصود: هو الحفظ، وذلك لا يكون إلَّا باليد؛ ولأن في الإجارة والإعارة، لو أُخِذ المُعير والمُؤاجر بإقرارهما، يمتنع الناس عن الإجارة والإعارة، فلا يُؤاخَذان بإقرارهما استحسانًا؛ كيلا تنقطع الإعارة والإجارة، أما في الوديعة، منفعة الإيداع تعود إلى المالك، فلو أخذنا المالك بإقراره، لا ينقطع الإيداع.

قال: لفلان عَلَيَّ ألف من قرض ثم قال: هي زيوف

(رجل قال : لفلان عَلَيَّ ألف درهم من ثمن متاع، أو قرض، ثم قال : هي زيوف، أو نبهرجة، لا يصدق، وصل أم فصل.

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا وصل بأن قال : أَقْرَضَنِي فلان ألفًا [زيوفًا] ، أو قال : لفلان عَلَيَّ ألف درهم زيوف من ثمن متاع، صُدِّق).

لهما: أن الدراهم قد تكون جيادًا، وقد تكون زيوفًا، إلَّا أن البياعات تكون بالجياد غالبًا، فكان ذكر الزيوف بيانًا مُغَيِّرًا، فيصح موصولاً، ولا يصح مفصولاً كالشرط والاستثناء، كما لو استثنىٰ بعض الألف، أو قال: وزن خمسة.

ولأبي حنيفة: أن الزِّيَافة عيب، وقضيَّة المبادلة سلامةُ كل واحد من البدلين عن العيب، فدعواه تكون دعوىٰ البراءة عن العيب، فلا يُصدَّق إلَّا بحجة، كما لو قال: بعتك هذا العبد على أنه معيب، وقال المشتري: لا، بل بعتني سليمًا، كان القول: قول المشتري، وليس هذا من باب الاستثناء؛ لأن اسم الدراهم لا يتناول الصفة، والاستثناء إخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام.

وفي القرض روايتان عن أبي حنيفة، في ظاهر الرواية: سوّىٰ بينه وبين ثمن المبيع؛ لأن المعاملات تكون بالجياد ظاهرًا، وفي رواية في القرض: يقبل قوله إذا وصل؛ لأن القرض يوجب رَدَّ مثل المقبوض، على أي صفة كان، بخلاف البيع؛ لأنه يقتضي السلامة عن العيوب.

وعنه في وراية في القرض: يُصدَّق، وَصَل أم فَصَلَ؛ لأن القرض يصير مضمونًا بالقبض، فكان بمنزلة الغصب، وفي الغصب يُصدَّق؛ لما نذكر، فكذا في القرض.

ولو قال: لفلان عَلَيَّ ألف درهمٍ زيوفٍ، ولم يذكر السبب، اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة: قال بعضهم: لا يُصدَّق في دعوىٰ الزيافة، كما في ثمن المبيع؛ لأن مطلق الإقرار بالدين، ينصرف إلى دين التجارة.

وأكثرهم على أنه يُصدَّق؛ لأنه ما أقرَّ بالجَوْدة صريحًا ولا دلالةً، فلا يلزمه.

قال: لفلان عَلَيَّ ألف من ثمن متاع إلَّا أنها رصاص

(ولو قال: لفلان عَلَيَّ ألف درهم من ثمن متاع، إلَّا أنها سَتوقةٌ، أو رَصاصٌ، لا يُصدَّق عند أبي حنيفة، وصل أم فصل)؛ لِمَا قلنا في الفصل الأول، بل أولىٰ؛ لأن الزيوف من جنس الدراهم، إلَّا أنها معيبة، والستوقة ليست من جنس الدراهم.

[١٩٣/أ]

وعن أبي يوسف روايتان: في رواية: لا يُصدَّق، وصل أم فصل؛ لأنه يدَّعي فساد العقد، **(وفي رواية: يُصدَّق إذا وصل، وهو قول محمد)**؛ لأنه ادَّعَىٰ فساد العقد بمُفْسِدٍ تمكَّنَ في صُلب العقد، وهو ذكر ما لا يصلح ثمنًا، ولو أنكر البيع أصلاً، كان القول قوله، فكذا إذا ادَّعىٰ فساد العقد بمُفْسِدٍ أصلي، بخلاف ما لو ادَّعىٰ الفساد بشرط الأجل، أو الخيار، أو ما وراء ذلك؛ لأنه ادَّعىٰ فسادًا عارضًا، فكان راجعًا عمَّا أَقَرَّ به، فلا يَصِحُّ.

لو قال: اغتصبت منه ألفًا، إلا أنها زيوف

(ولو قال: اغتصبت منه ألفًا، أو قال: أودعني ألفًا، إلاَّ أنها زيوف، صُدِّق في قولهم، وصل أم فصل)؛ لأن الغصب كما يَرِدُ على الجياد، يَرِدُ على الزيوف، ليس فيه عادة ظاهرة، ولا ما يوجب صفة السلامة، وكذا الوديعة، فإذا ادَّعىٰ أحد النوعين، قُبِل قوله في ذلك.

وروىٰ بشر عن أبي يوسف: أن في الغصب يُصدَّق إذا وصل، ولا يُصدَّق إذا فصل؛ لأن الغصب يوجب الضمان بالقبض، فكان بمنزلة القرض.

ولو قال في الوديعة والغصب: إلاَّ أنهما سَتوقةٌ أو رَصاصٌ، صُدِّق إذا وصل؛ لأن الستوقة والرصاص ليست من جنس الدراهم، لكنها في صورة الدراهم، فكان تغييرًا في تسمية الدراهم، فيصح موصولاً، ولا يصح مفصولاً.

ولو قال: لفلان عَلَيَّ ألف درهم من ثمن [مبيع]، أو من شراء، [أو قرض]، أو غصب، أو قال: أودعني ألفًا، أو قال: قضاني ألفًا كانت لي عليه، إلاَّ أنها تنقض كذا، يُصدَّق إذا وصل، ولا يُصدَّق إذا فصل؛ لأن اسم الألف يتناول العدد، واستثناء الملفوظ صحيح بشرط الوصل؛ ليصير الكلام عبارةً عمّا وراء المستثنىٰ.

ولو فصل بينهما بطريق الضرورة، نحو انقطاع النَّفَسِ، فعن أبي يوسف: أنه يَصِحُّ وَصْلُه بعد ذلك، وعليه الفتوىٰ؛ لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير، ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أنْ يتكلم بجميع ذلك بِنَفَسٍ واحدٍ، فكان عفوًا.

ولو قال: لفلان عَلَيَّ كُرُّ حنطة من ثمن مبيع، أو قرض، إلَّا أنها رديء، صُدِّق وصل أم فصل؛ لأن الرداءة ليست بعيب في الحنطة؛ لأن العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة، والحنطة تكون رديئةً في أصل الخلقة، فلا تنصرف الحنطة المذكورة في البيع إلى الجَيِّد؛ ولهذا لو اشترىٰ [شيئًا] بحنطة في الذمة، لا يجوز ما لم يبين الصفة، وكذلك سائر الموزونات.

الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين

(**رجل مات عن اثنين، وله على رجل مئة درهم دين، فأقر أحدهما: أن أباه قبض منها خمسين، قال: لا شيء للمُقِرِّ، وللابن الآخر على المديون خمسون درهمًا**)؛ لأن المئة صارت ميراثًا بين الاثنين، فإذا أقر على أبيه بقبض خمسين، والإقرار بالاستيفاء إقرارٌ بالدَّين؛ لأن الديون تقضىٰ بأمثالها، فصح إقراره في حقه، كما لو أقر على أبيه [بدين]، صَحَّ إقراره، حتى يلزمه قضاء ذلك من حصته خاصة، فتسقط حصته، وبقي حصة الابن الآخر، وليس للمقر أن يشارك أخاه فيما يقبض من الغريم؛ لأنه لو شاركه، كان لأخيه أن يرجع بذلك على الغريم، وإذا رجع عليه، رجع الغريم بذلك على المُقِرِّ.

قال: لفلان عَلَيَّ ما بين درهم إلى عشرة

(رجل قال: لفلان عَلَيَّ ما بين درهم إلى عشرة، يلزمه تسعة، ولو قال: ما بين عشرة إلى عشرين، يلزمه تسعة عشر.

وقال أبو يوسف ومحمد في الفصل الأول: يلزمه عشرة، وفي الفصل الثاني: عشرون).

وقال زفر في الفصل الأول: يلزمه ثمانية، وفي الفصل الثاني: تسعة.

قال: لفلان من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط

(ولو قال : لفلان من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط، فله ما بين الحائطين، ولا يدخل فيه الجدار في قولهم جميعًا).

واختلفوا في الغاية: فعلىٰ قول زفر: الغايتان لا تدخلان، وعندهما: تدخلان، وعلى قول أبي حنيفة: تدخل الغاية الأولىٰ دون الثانية؛ لأن الثاني لا يوجد بدون الأول.

وقد ذكرنا هذا في كتاب الطلاق: إذا قال لامرأته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: تقع ثنتان.

❊❊❊

كتَابُ الصُّلحِ

قال لمديونه حالًا: ادفع خمسمائة وأنت بريء من الفضل

[١٩٢/ب]

(رجل له على رجل ألف درهم حالَّةً، فقال لمديونه: ادفع إليَّ خمسمائة على أنك بريء من الفضل، [ففعل]، فهو بريء من الفضل، دفع إليه المال أو لم يدفع.

هذه ثلاثة فصول: أحدها: هذا.

والثاني: أن يقول: ادفع إلي غدًا خمسمائة على أنك بريء من الفضل، فإن لم تدفع الخمسمائة غدًا، فالألف كلها عليك.

والثالث أن يقول: ادفع إليَّ غدًا خمسمائة، [على أنك] بريء من الفضل.

ففي الوجه الأول: برئ عن الخمسمائة على كل حال؛ لأنه أبرأه عن الخمسمائة بشرط [تعجيل الباقي، وتعجيل الباقي][1] مستحق عليه بقضية السبب، فلا يفيد هذا الشرط، فيبطل، بقي قوله: (أبرأتك عن [الخمسمائة][2]).

وفي الفصل الثاني: إن دفع إليه غدًا خمسمائة، برئ عن الباقي، وإن لم يدفع، كانت الألف عليه؛ لأن الصلح من الألف على خمسمائة، إبراءٌ عن الباقي، والإبراء مما يحتمل الفسخ بعد الثبوت؛ ولهذا يبطل برد المديون.

فإن قال: على أنك إن لم تدفع غدًا خمسمائة، كانت الألف عليك، فقد أبرأه براءةً مقيَّدةً، والبراءة مما تتقيد، كالحوالة، فتقيَّد.

(١) في أ (أداء الثاني، وأداء الثاني)، والمثبت من ب، د.

(٢) في أ (الباقي)، والمثبت من ب، د.

أو يجعل براءة تتعلق انتقاضها بفَوات شرط مرغوب: وهو تعجيل الباقي غدًا، فإذا لم يُعَجِّلْ، لم يَتِمَّ الرضا، فتنتقض البراءة، كما لو قال: أبرأتك عن الخمسمائة، على أنك تعطيني بالباقي رَهْنًا، أو كفيلاً، فلم يُعْطِه، تنتقض البراءة.

ويجعل هذا بمنزلة شرط الخيار في البيع، كما لو باع عبدًا بألف، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فلم ينقد، يفسد البيع.

وفي الفصل الثالث: (إن دفع إليه غدًا خمسمائة، برئ عن الباقي، وإن لم يدفع، لا يبرأ في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: برئ عن الباقي، دفع إليه الألف، أو لم يدفع).

وجه قوله: أنه أبرأه من الباقي بشرط تعجيل الخمسمائة، وتعجيل الخمسمائة في الوقت المذكور، [مُسْتَحِق عليه] بقضية السبب[1]، فلا يفيد هذا الشرط، فيلغو، كما في الفصل الأول، وكما لو باع متاعًا بخمسمائة، على أنْ يُعَجِّلَها اليوم، فلم يُعجِّل، لا يبطل البيع.

ولهما: أن كلام العاقل محمول على الفائدة والصحة، ولو حمل على اشتراط التعجيل، لا يَصِحُّ؛ لِمَا قلنا، فيُجعَل مجازًا عن تعليق انتقاض البراءة بعدم التعجيل، أو يُجعَل مجازًا عن اشتراط الخيار في الصلح، ولو صرّح بذلك، يصح، يعود كما في الفصل الثاني، فكذلك هاهنا، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة لم يذكر للتعجيل وقتًا، فلا يمكن أن يجعل مجازًا عن اشتراط الخيار؛ لأن جهالة مدة الخيار، توجب فساد العقد، وتعذر أن يجعل مجازًا عن تعليق انتقاض البراءة بعدم التعجيل؛ لأن التعجيل إذا لم يكن مؤقتًا، لا يتحقق العدم، ويكون وقته العمر، فلا تنتقض البراءة بعدم الدفع.

---

(١) هنا في ب فقط (بقضية الشرط ثابت).

قال لغريمه: إذا أدّيت إليّ خمسمائة فأنت بريء من الباقي

ولو قال لغريم أو كفيل: إذا أَدَّيْتَ إليَّ خمسمائة، أو متىٰ أدَّيت، أو إن أدَّيت إليَّ خمسمائة، أو إن دفعت إليَّ خمسمائة، فأنت بريء من الباقي، فهو باطل، ولا يبرأ عن الباقي وإن أدّىٰ إليه خمسمائة، سواء ذكر لفظة الصلح أو لم يذكر؛ لأنَّه صَرَّحَ بالتعليق، فيبطل، كما لو قال: إن دخلت الدار، فقد أبرأتك، بخلاف ما تقدم؛ لأنه ما صرح بالتعليق، بل ذلك تقييدٌ وإنْ كان فيه معنىٰ التَّعلِيق.

والفقه فيه: وهو أن الإبراء إسقاط، حتى لا يتوقف على القبول، وفيه معنىٰ التمليك، حتى يَرْتَدَّ بالرَّدِّ، وتعليق التمليك بالشرط باطل، كتعليق البيع ونحوه، وتعليق الإسقاط جائز، كتعليق الطلاق والعتاق وغير ذلك، فوفَّرنا على الشُّبْهَتَيْن حظَّهما، وقلنا: بأنه إذا صرَّح بالتعليق، لا يصح؛ باعتبار شبهة التمليك، وإذا لم يُصرِّح بالتعليق، يصح؛ باعتبار شبهة الإسقاط.

ولا يقال: إنّ إبراء الكفيل إسقاطُ مَحْضٍ، حتى لا يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، فوجب أن يصح تعليقه بالشرط؛ لأنا نقول: إبراء الكفيل وإن كان إسقاطًا، إلَّا أنه لا يحلف به، كإبراء الأصيل، فيصح تعليقه بشرط متعارف، ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف.

ولهذا قلنا: إذا كفل بمال عن رجل، وكفل بنفس المكفول عنه أيضًا، على أنه إن وافىٰ بنفسه غدًا، فهو بريء عن الكفالة بالمال، فوافىٰ بنفسه، برئ [١٩٤/أ] عن الكفالة بالمال وإنْ علَّق البراءة بالإيفاء، إلَّا أن هذا تعليق بشرط متعارف.

إذا صالح من الدين المؤجَّل على بعضه عاجلاً، لا يجوز؛ لأنه لا يستحق التعجيل بحكم السبب، ولو استحق المُعَجَّل، كان عوضًا عن المؤجَّل، والمؤجَّل أكثر، فيكون ربًا.

من لا يملك بيع نفسه لا يملك الصلح عن نفسه

(عبد مأذون، قتل رجلاً عمدًا، فصالح عن نفسه على مال، لا يجوز)؛ لأنه لا يملك التصرف في نفسه، وإنما يملك في أكسابه، ونفسه ليس من أكسابه؛ ولهذا لا يملك بيع نفسه، فلا يملك الصلح عن نفسه.

ولو كان لهذا العبد المأذون عبد، فقتل ذلك العبد رجلاً عمدًا، فصالح عنه، جاز؛ لأن عبده من كسبه؛ ولهذا ملك بيع هذا العبد، فإذا صالح عنه صار كأنه اشتراه.

الصلح على أكثر من قيمته

(رجل غصب ثوبًا يهوديًا، قيمته دون المئة، فاستهلكه، فصالحه منه على مئة، يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تجوز الزيادة على قيمته، إلَّا بقدر ما يتغابن الناس فيه).

وعلى هذا الخلاف: إذا غصب عبدًا، فأبق منه، أو هلك في يده، فصالحه على أكثر من قيمته.

ومن المشايخ من قال: الخلاف فيما إذا أبق العبد، أما إذا هلك، لا يجوز الصلح على أكثر من قيمته في قولهم، والأصح: أن الكل على الاختلاف.

ولو غصب عبدًا، فهلك في يده، فصالحه على مال، ثم ادَّعىٰ الغاصب أن قيمة العبد أقلُّ مما وقع عليه الصلح، وأراد أن يستردَّ الزيادة، عند أبي حنيفة: لا تُسمَع دعواه، ولا يستردُّ شيئًا، وعندهما: تُقبَل بينته على ذلك، ويستردُّ الزيادة.

الزيادة في استهلاك المغصوب

(ولو كان العبد بين رجلين، فأعتقه أحدهما، فصالحه على أكثر من نصف قيمته من الدراهم أو الدنانير، لا يجوز الفضل في قولهم، وإن صالحه على عروض، جاز).

لهما: أن الواجب في استهلاك المغصوب: القيمة، والقيمة مقدَّرةٌ، فالزيادة عليها تكون ربًا، فلا يجوز، كما في ضمان العتق، وكما لو صالح من الدين على أكثر من ألف دينار، أو أكثر من عشرة آلاف درهم، وكما لو قضىٰ القاضي على الغاصب بقيمة المغصوب، ثم صالحه على أكثر من القيمة، لا يجوز، وكذا إذا قضىٰ القاضي للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشتراه المشتري، ورضي به الشفيع، لا يجوز.

ولأبي حنيفة: أن المغصوب بعد الهلاك، يبقىٰ على ملكه ما لم يتقرَّر حقه في القيمة؛ ولهذا لو ترك الضمان، كان الهلاك على المالك، حتى كان الكفن عليه، ولو كان آبقًا فعاد العبد من الإباق، عاد ملكًا له، حتى لو اكتسب أكسابًا، كان الكسب له، وكذا لو كان نَصَبَ شَبَكَةً فتعلَّق بها صيد بعد هلاكه عند الغاصب، كان ذلك للمغصوب منه، وإذا ثبت أنه باق على ملكه، فبدل الصلح يكون عوضًا عن العبد، والربا لا يجري بين العبد والدراهم.

ولهذا لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالاً، وقبضه قبل الافتراق عن المجلس، جاز، ولو كان ذلك بدلاً عن القيمة، لا يجوز؛ لأن الطعام إذا قُوبِل بالدراهم، يكون مبيعًا، وبيع ما ليس عند الإنسان، لا يجوز إلَّا بطريق السَّلَم.

وهذا بخلاف ما إذا قضىٰ القاضي بالقيمة؛ لأن بقضاء القاضي، تحوَّل حقه من العبد إلى الدراهم، وليس هذا كضمان العتق؛ لأن الساكت غير متمكِّن من استدامة الملك في نصيبه، بل هو مخيَّرٌ على الإزالة شرعًا: إما إلى المُعتِق بالضمان، أو إلى العبد بالسعاية ببدل مقدَّر، وهو نصف القيمة، فلا يملك الزيادة؛ لأنه تغيير حكم الشرع.

وكذلك في مسألة الشفعة: المشتري مجبور على إزالة الملك إلى الشفيع ببدل مقدَّر، وهو الثمن، فلا يملك التغيير.

وبخلاف مسألة الدية؛ لأنه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول.

قال: لا أقر لك بمال حتى تحطَّ عني، ففعل

(**رجل قال لآخر: لا أُقِرُّ لك بمال حتى تَحُطَّ عني، أو تُؤَخِّرَ عني، ففعل، فهو جائز**)؛ لأنه تصرف في ماله طائعًا؛ لعدم ما يكون إكراهًا: وهو التهديد بحبس أو ضرب أو قيد، إلَّا أن فيه نوع اضطرار[1]، وأنه لا يمنع نفاذ البيع، كمن باع عينًا من أعيان ماله بطعام يأكله عند المجاعة، أو يشتري بثمن غالٍ، جاز بيعه [ونفذ]، كذلك هاهنا.

[١٩٣/ب] رجل ادَّعىٰ نصف دار [في يد رجل]، فأنكره الذي في يده، ثم صالحه من دعواه على سكناها سنةً، فهو جائز؛ لأن سكنىٰ الدار مدةً معلومةً، يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فيجوز استحقاقها بعقد الصلح؛ لأن المنفعة تصير مالاً بحكم العقد، والصلح عن الإنكار جائز، كما يجوز على الإقرار، ولهذا لو صالح على سكنىٰ دار أخرىٰ سنةً، جاز، فكذلك على سكنىٰ هذه الدار.

---

(١) في د (إضرار).

كتَابُ المُضَارَبَةِ

المضارب بمنزلة الأجير

(**مضارب أدَان دينًا، فإن كان فيه فَضْلٌ، أُجبِر على التقاضي، وإن لم يكن فيه رِبْحٌ، لا يُجبَر**)؛ لأنَّ المضارب بمنزلة الأجير؛ ولهذا لو فسدت المضاربة، كان له أجر المثل، فإذا كان في المال رِبْحٌ، فهو أجيرٌ سَلِمَ له الأجر، فيُجبَر على التَّقاضي؛ ليَتِمَّ العمل، وإذا لم يكن فيه ربح، لم يسلم له الأجر، فلا يجبر على التقاضي؛ لأنه متبرِّعٌ، ولكن (**يقال له: أَحِلْ رب المال على الغرماء، أي: وَكِّلْهُ بقبض الدين**)؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، والعاقد هو المضارب، فلا يكون لرب المال ولاية المطالبة إلَّا بالتوكيل.

قسمة الرقيق

(**رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً، فاشترىٰ المضارب بها جاريةً تُساوي ألفًا، فوطئها المضارب، فجاءت بولد يُساوي ألفًا، فادَّعىٰ المضارب أنه ابنه، لا تصح دعوته**)؛ لأن الجارية وولدها كل واحد منهما مشغول برأس المال، فلا يظهر الرِّبحُ، كما لو اشترىٰ بألف المضاربة عبدين، كل واحد منهما يساوي ألفًا، لا يظهر الرِّبحُ، وبدون الملك لا يصح استيلاده.

من المشايخ من قال: هذا قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرىٰ قسمة الرقيق، فيعتبر كل واحد منهما مشغولاً برأس المال، فلا يظهر الربح، أما على قول أبي يوسف ومحمد: يجوز قسمة الرقيق، فيجعل الولد والجارية كعبد واحد، فيظهر الربح، وإذا ملك المضارب نصف الربح، تصح دعوته.

(فإن زادت قيمة الغلام، فصار يساوي ألفًا وخمسمائة، نفذت دعوته السابقة، ويثبت النسب منه)؛ لأنَّ الدعوة كانت صحيحة؛ حملاً لأمره على الصِّحَّةِ، وهو الاستيلاد بحكم النكاح، وإنما لم يَنفُذ لعدم الملك، فإذا ملك حصته من الربح، ودعوة النسب مما يحتمل الفسخ، فيجعل كأنه ادعاه الآن، وإذا ثبت النسب، عُتِق على المضارب؛ لأنه ملك بعضه، ولا يضمن المضارب لرب المال، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه حين ادَّعىٰ لم تَنفُذ دعوته؛ لعدم الملك، وحين نفذت دعوته، لا صُنْعَ للمضارب، فلا يضمن؛ ولأن الملك آخر الوصفين، فأُضيف إليه، كما لو ورث بعض قريبه.

(ويتخيَّر رب المال: إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعىٰ الغلام في نصيبه، ونصيبه من الغلام: ألف ومائتان وخمسون، وما لم يَسْتَوْفِ ذلك، لا تصير الجارية أم ولد المضارب)؛ لأنها مشغولة برأس المال، لا فضل فيها، فإذا استوفىٰ رب المال السعاية، وصل إليه رأس المال، وصارت الجارية كلها ربحًا بينهما نصفان، فتصير بمنزلة جارية بين شريكين، استولدها أحدهما، [فيصح استيلاده] ويضمن لشريكه نصف قيمتها، ونصف عُقْرها؛ لأنه ضمان بملك، فلا يختلف باليسار [والإعسار][1]، فلا يشترط الصنع وقت نفاذ الدعوة لوجوب الضمان، كمن استولد جارية بالنكاح ثم ورثها مع غيره، ولما صارت الجارية ربحًا، فعقرها الواجب على المضارب، يصير ربحًا أيضًا، فيكون بينهما.

حصة رب المال والمضارب

(مضارب معه ألف، اشترىٰ بها بَزًّا، فباعه بألفين، ثم اشترىٰ بالألفين عبدًا، وقبضه، ولم ينقد الثمن، حتى ضاع، يجب الثمن على رب المال والمضارب أرباعًا: ألف وخمسمائة على رب المال، وخمسمائة على المضارب)؛ لأنَّه في قدر رأس المال.

---

(١) في أ (وغيره)، والمثبت من ب، د.

وفي حصة رب المال من الربح هو عاملٌ لرب المال، فيرجع عليه بالعُهدة، وفي حصة نفسه من الربح، هو عاملٌ لنفسه، لا يرجع بذلك على رب المال.

[١٩٥/أ] **(وإن أدَّىٰ الثمن، وأخذ العبد، كان ثلاثة أرباعه للمضاربة، ويصير رأس مال المضاربة: ألفين وخمسمائة)**؛ لأنَّ رب المال مرّةً دفع ألفًا، ومرةً دفع ألفًا وخمسمائة، فيكون ألفين وخمسمائة.

(وإن أراد أن يبيع العبد مرابحةً، يبيعه مرابحةً على ألفي درهم)؛ لأنَّ بيع المرابحة: بيعٌ بالثمن الأول، وقد اشتراه بالألفين، وإذا باعه، يَسْلَم رُبُع الثمن للمضارب؛ لأنَّه بدل ملكه، وثلاثة أرباع الثمن يكون للمضاربة، يأخذ رب المال من ذلك رأس ماله: وذلك ألفان وخمسمائة، فإن بقي شيء، فهو ربح بينهما على ما شرطا.

في التخيير بين الدفع والفداء

(مضارب معه ألف درهم بالنِّصْف، اشترىٰ بها عبدًا يساوي ألفي درهم، فقتل العبد رجلاً خطأً، فاختار الفداء، كان الفداء عليهما أرباعًا).

أولاً نقول: يُخيَّر بين الدفع والفداء، كما هو الحكم في جناية العبيد إذا كان خطأً، ولا يكون الدفع والفداء إلى المضارب خاصةً؛ لأن الدفع والفداء ليس من أحكام المضاربة؛ لأن المقصود من المضاربة: الاسترباح، والدفع والفداء ليس باسترباح؛ فلهذا كان ذلك إليهما، فإن شاءا دفعا، وإن شاءا فَدَيا.

وأيهما فعلا، بطل عقد المضاربة: أما الدَّفْع، فظاهر؛ لأنَّ مال المضاربة صار هالكًا، وأما الفداء؛ فلأن العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما؛ لأنَّ العبد [صار] مستحق الدفع بالجناية، فصار كأنهما اشترياه بالفداء، ولو اشترياه لأنفسهما حقيقةً، لا يكون للمضاربة، (ويكون العبد بينهما أرباعًا، يخدم المضارب يومًا، ورب المال ثلاثة أيام).

رجل دفع مالاً مضاربةً، ثم إن رب المال اشترىٰ عبدًا بخمسمائة، وباعه من المضارب بألف للمضاربة، فأراد المضارب أن يبيعه مرابحةً، يبيعه مرابحةً على خمسمائة؛ لأنه هو الخارج عن ملك رب المال بمقابلة العبد.

ولو اشترىٰ المضارب عبدًا بألف، وباعه من رب المال بألف ومائتين، فإن رب المال يبيعه مرابحةً على ألف ومائتين؛ لأن الخارج عن ملكه يتعيَّن بمقابلة هذا العبد: ألف، وحصة المضارب من الربح، فأما حصة رب المال [منه] لا تعتبر خارجًا عن ملكه؛ لأنَّ البيع الثاني له شبهة العدم، فلا يبيعه مرابحةً إلَّا على الثمن الأول المتيقن، وقد مرّت المسألة في البيوع من هذا الكتاب.

الإنسان في ملك نفسه لا يكون نائبًا عن غيره

(**مضارب دفع إلى رب المال شيئًا من مال المضاربة بضاعةً، فاشترىٰ رب المال وباع، فهو على المضاربة**)، والقياس: أن لا يكون على المضاربة، ويكون تصرُّفه فسخًا للمضاربة، وهو قول زفر؛ لأن الإنسان في ملك نفسه لا يكون نائبًا عن غيره؛ ولهذا إذا لحقته عُهدةٌ، لا يرجع بذلك على المضارب.

وإنا نقول: المضارب قد يحتاج إلى الاستعانة بغيره في مال المضاربة، فأولىٰ الناس بالاستعانة: رب المال؛ لكونه أشفق، [وأنَّه] في حق التصرُّف في مال المضاربة حال بقاء المضاربة، بمنزلة الأجنبي، وإذا وقع استعانةً، كان تصرُّفه كتصرُّف المضارب، كما لو استعان بأجنبي، فجعل تصرفه كتصرف المضارب، وإن كان قرار [العهدة](١) على رب المال، فيجعل استعانة، ولا يجعل بعضًا للمضاربة، بخلاف ما إذا شرط العمل على رب المال، حيث لا يصح؛ لأن من شروط صحة المضاربة: التخلية [بين المال والمضارب]، واشتراط العمل على رب المال، يمنع التخلية.

---

(١) في أ (الضمان)، والمثبت من ب، د.

المضارب أجير أو شريك؟

(مضارب عمل في المصر، فإن نفقته لا تكون في مال المضاربة)؛ لأن مقامه في المصر ليس لأجل المضاربة، بل لأجل عياله و[بغله]، فلا يستحق النفقة.

(وإن سافر بها، كانت نفقته من الطعام والشراب والكسوة والركوب، في مال المضاربة) استحسانًا، والقياس: أن لا يكون؛ لأنه أجير أو شريك، وأحدهما لا يستحق النفقة على الآخر.

وجه الاستحسان: أنه فرغ نفسه لعمل [رب العمل][1]، فيستحق النفقة على من يعمل له، كالقاضي يستحق النفقة في بيت المال، والمرأة تستحق النفقة على الزوج، بخلاف أحد الشريكين؛ لأنه عامل لنفسه.

وعن محمد: أن أحد الشريكين إذا سافر بمال الشركة، فهو بمنزلة المضارب، ينفق من مال الشركة، والأجير يستحق الأجر بعمله، فلا يستحق النفقة، أما المضارب فلا يستحق الأجر، والربح مَوْهومٌ، قد يكون وقد لا يكون، فلا يرضىٰ بالعمل لغيره بدون النفقة. [١٩٤/ب]

ولا يستحق الدواء في مال المضاربة في ظاهر الرواية، وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أن أجرة الطبيب والدواء، بمنزلة النفقة؛ لأنه لإصلاح بدنه، ويُمكِّنه من العمل.

وجه ظاهر الرواية: أن الحاجة إلى النفقة معلومٌ وقوعُها، بخلاف الدواء، ألا ترىٰ أن المرأة تستحق النفقة، ولا تستحق الدواء، ونفقة الرهن على الراهن، والدواء على المرتهن.

---

(١) في أ (المضاربة)، والمثبت من ب، د.

وإذا حصل الربح، فما أنفق المضارب على نفسه من مال المضاربة، يكون من رأس المال، يرفع رب المال ذلك؛ لأن الربح لا يظهر ما لم يصل إليه جميع رأس المال، فإن فضل شيء، يكون بينهما على ما شرطا.

كل ما يوجب زيادة في المال حقيقة يلحق برأس المال

(**وإذا باع المتاع مرابحةً، وأنفق المضارب على المتاع من الحملان وغيره، وباعه مرابحة على ذلك، وما أنفق على نفسه، لم يَبِعْ المتاع مرابحةً عليه**)، والأصل فيه: أن كل ما يوجب زيادة في المال حقيقةً: بأن اشترىٰ ثوبًا، فصبغه أحمر، أو حكمًا: بأن اكترىٰ دوابًا لنقل المتاع، يلحق برأس المال، ويبيعه مرابحةً على الكل، ويقول: قام عليَّ بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا؛ [لأنَّه ما اشتراه بذلك]، فيكون كذبًا.

وما أنفق على نفسه، لا توجب زيادةً في المال، فلا يلحق برأس المال، بخلاف الكراء؛ لأنَّ نقل المتاع من بلد إلى بلد، يوجب زيادة في القيمة.

وإن اشترىٰ المضارب بمال المضارب ثيابًا، فقصرها، أو حملها بمائة من عنده، وقد كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، فهو متطوِّعٌ، فإن صبغ الصوب أحمر بمال نفسه، كان شريكًا فيما زاد الصبغ فيه، ولا يضمن الثياب.

التصرفات في المضاربة أقسام ثلاثة

والأصل فيه: أن التصرفات في المضاربة أقسام ثلاثة: قسم هو من المضاربة وتوابعها، يملكها بمطلق المضاربة: نحو الإيداع، [والإبضاع][1]، والإجارة، والاستئجار، والرهن، والارتهان.

---

(١) في أ (الاستصناع)، والمثبت من ب، د.

وقسمٌ ليس من المضاربة، لكن يلحق بها عند قيام الدلالة: وهو إثبات الشركة في المضاربة، بأن يدفع إلى غيره مضاربة، أو يخلط بماله، أو بمال غيره، فهذا [مِمَّا] لم يملكه بمطلق المضاربة؛ لأن رب المال لم يرض بشركة غيره، وأنَّه أمر وراء ما يقوم به التجارة، فلا يملكه بمطلق المضاربة ما لم يقل له: اعمل فيه برأيك.

وقسمٌ ليس من المضاربة، ولا يصير ملحقًا بها: وهو الإقراض، والاستدانة على المال؛ لأن الإقراض ليس من التجارة، والاستدانة على المال [سواء] بغير رأس المال، والتوكيل مقيَّدٌ برأس المال، فلا يملك ذلك إلَّا بالتنصيص عليه، فإذا نصَّ عليه، يصير بمنزلة شركة الوجوه، ولا يكون مضاربةً؛ لأنه ليس لأحدهما فيه رأس المال.

إذا ثبت هذا نقول: إذا حملها بمائة من عنده، فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال، فلا ينفذ على رب المال، ويكون متبرِّعًا، وكذا إذا قصرها بمائة من عنده، ولا يصير شريكًا في المال؛ لأن القصارة ليست بعين مال قائم في الثوب؛ ولهذا لو قصر الغاصب الثوب المغصوب، أو حمله، [ثُمَّ بِيْعَ الثوب] لا يكون له شركة في الثمن.

وإذا صبغ المضارب أحمر بمائة من عنده، لا ينفذ على المضاربة؛ لِمَا قلنا، لكن لا يضيع ماله؛ لأن الصبغ عين مال قائم؛ ولهذا لو فعل الغاصب ذلك، لا يضيع ماله، فهاهنا أولىٰ، ويصير شريكًا في الثياب بقدر ماله، حتى لو بِيْعَ الثوب، يأخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه، وما بقي يكون على المضاربة، كالريح إذا هَبَّتْ بثوب إنسان وألقته في صبغ الغير، فإن صاحب الصبغ يكون شريكًا في الثوب، كذلك هاهنا.

ولا يكون المضارب ضامنًا للثياب؛ لأن رب المال قال له: اعمل فيه برأيك، فيملك الخلط والشركة، ولولا ذلك لكان لرب المال أن يضمنه.

أما الاستدانة، لا يملكها المضارب إلَّا بالتصريح، ولم يوجد.

شرط ما يقطع الشركة في المضاربة

(مضارب شرط لنفسه نصفَ الربح وزيادةَ عشرة دارهم، فهو فاسد)؛ لأنَّ موجب المضاربة: الشركة في الربح، وهذا الشرط يقطع الشركة؛ لاحتمال أن لا يربح إلَّا عشرة دراهم، وكل شرط يفوت موجب العقد، يكون فاسدًا. [١٩٦/أ]

(وإذا فسدت المضاربة، فإن عمل، كان له أجر مثله)؛ لأنه ابتغىٰ بعمله عوضًا، ولم يَسْلَم له، فيستوجب أجر المثل، كما في الإجارة الفاسدة.

ولو دفع إلى رجل مضاربةً، على أن يشتري ويبيع في الكوفة، فخرج إلى البصرة، فاشترىٰ بها، ضمن حين يشتري بها؛ لأنَّه شرط شرطًا مفيدًا؛ لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف البلدان، فما دام في المصر، لا يستحق النفقة في مال المضاربة، فكان مفيدًا، فيجب اعتباره.

فإذا أخرجه واشترىٰ بها، صار مخالفًا، فيضمن، ولا يضمن بمجرد الإخراج إلى البصرة؛ لاحتمال أن يعود، فإن لم يَعُدْ يضمن، والمُشتَرَىٰ يكون له؛ لأنَّه لَمَّا خالف، صار بمنزلة الأجنبي، وإن عاد إلى الكوفة، واشترىٰ بها، يكون على المضاربة، ولا ضمان عليه؛ لأنه مودَعٌ عاد إلى الوِفاق، فإن رَبِح فيها، كان الربح بينهما على ما شرطا.

دفع مالاً مضاربة وقال: اعمل فيها برأيك فدفعه إلى غيره مضاربة والربح بينهما

رجل دفع مالاً مضاربةً، وقال: اعمل فيها برأيك، على أن ما ربحت فيها من شيء، فهو بيني وبينك نصفان، فدفع المضارب إلى غيره مضاربةً، على أن الربح بينهما نصفان، فهو جائز؛ لأنه فوَّض الأمر إليه، وأنه من صنيع التجار، وإذا جازت المضاربة [الثانية]، فإنْ عَمِل الثاني وربح، فنصف الربح له، والنصف بين المضارب الأول وبين رب المال نصفان.

فإن قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، على أن ما كان فيه من فضل أو ربح، فهو بيني وبينك نصفان، أو قال: على أن ما رزق الله تعالىٰ منها من شيء، فهو بيننا نصفان، والمسألة بحالها، فنصف الربح للمضارب الثاني، والنصف لرب المال، ولا شيء للمضارب الأول.

والفرق أنَّ في المسألة الأولىٰ: رب المال شرط لنفسه نصف ما رَبِح المضارب الأول، لا نصف جميع الربح، وما رَبِح المضارب الأول: نصف الربح.

أمَّا في المسألة الثانية: رب المال شرط لنفسه نصف الربح مطلقًا، فيكون له نصف جميع الربح، وقد شرط الأول للثاني نصف الربح، وليس له ولاية التصرف في نصيب رب[1] المال، فانصرف ذلك إلى نصيبه خاصةً، فلا يبقىٰ للأول شيء من الربح.

❊❊❊

(١) في د (شريكه).

[كِتَابُ
الشَّرِكَةِ]

شروط المفاوضة

قال رحمه الله تعالىٰ: ولا مفاوضةَ بين أهل الإسلام وأهل الذمة، ولا تكون المفاوضة إلَّا بين حرّين، كبيرين، مسلمين أو ذميين، ولا تكون مفاوضةً إلَّا عند الاستواء في المال.

اعلم بأن المفاوضة جائزة، خلافًا للشافعي(١)، وإذا جازت، اقتضت ثلاثة أشياء: الاستواء في المال ابتداءً، وبقاء الوكالة في أعمال التجارة وتوابعها، والكفالة لضمان التجارة وعلائقها؛ لأنها لا تنعقد إلَّا بلفظة المفاوضة، ولفظة المفاوضة تبنىٰ على المساواة.

قال القائل:

لا يصلح الناس فَوْضىٰ لا سَراة لهم ولا سَراة إذا جُهَّالُهم سادوا

أي: لا يصلحون سواء لا يطيع بعضهم بعضًا، فأخذنا حكم المفاوضة من لفظها، وقلنا باقتضاء ما ذكرنا؛ تحقيقًا لمعنىٰ اللفظ.

إذا ثبت هذا نقول: (**لا تكون المفاوضة إلَّا بين حرين، كبيرين، مسلمين أو ذميين**)، ولا تكون بين الحر والعبد، ولا بين الصغير والكبير؛ لأن العبد والصغير لا يملكان الكفالة، والمفاوضة تقتضي الكفالة، وكذا المكاتب مع الحر، (**ولا تكون بين المسلم والذمي**).

---

(١) وهي شركة باطلة. انظر: المهذب ٣/٣٣٦.

وقال أبو يوسف: تصح المفاوضة بين المسلم والذمي؛ لاستوائهما في صحة الكفالة والوكالة، وإن كان الذمي يملك التصرف في الخمر والخنزير، والمسلم لا يملك، إلَّا أن هذا النوع من التفاوت لا يمنع من المفاوضة، ألا ترىٰ أن شافعي المذهب يملك التصرف في متروك التسمية عمدًا، وحنفي المذهب لا يملك، وكذلك حنفي المذهب يملك بيع المُثَلَّثِ والمُشْتَدِّ، ومن يعتقد مذهب صاحبه، لا يملك ذلك، ولا يمنع صحة المفاوضة.

ولهما: أنهما يتفاوتان في أعمال التجارة، فإن المسلم يملك شراء العبد المسلم، وشراء المصحف، واستبقاؤه على ملكه، والذمي لا يملك الاستبقاء، والذمي يملك شراء الخمر والخنزير [ومباشرته]، والمسلم لا يملك، ولا تصح كفالته بذلك، فلا تصح مفاوضتهما.

[١٩٥/ب] وإذا فسدت المفاوضة فيما ذكرنا، كانت عِنَانًا؛ لأنهما من أهل الشركة، وإنما فسدت المفاوضة؛ لفَوات شرطها، وذلك لا يشترط في العِنَان، وفي المفاوضة عِنَانُ وزيادةُ، فتصير عِنَانًا، والعِنَان قد تكون خاصًا، وقد تكون عامًا.

متى تفسد المفاوضة ومتى لا تفسد؟

(وكذا لو وَرِثَ أحد المتفاوضين [مالاً] من جنس الأثمان دراهم أو دنانير، أو وُهِبَت له، حتى ازداد ماله، فسدت المفاوضة، وتصير عنانًا، ولو ملك أحدهما دينًا أو عرضًا، أو وُهِب له، لا تفسد المفاوضة)؛ لأن العرض والدين قبل القبض، لا يصلح رأس مال الشركة، فلا يشترط فيه التساوي، إذ ما من شخصين إلَّا وبينهما تفاوت في غير مال الشركة، كالثياب وغير ذلك.

شركة المفاوضة بالعروض

(ولا تكون المفاوضة ولا المضاربة إلَّا بالدراهم والدنانير، ولا تكون بمثاقيل ذهب أو فضة، وكذا الشركة)؛ لأن المضروب لا يتعين بالتعيين، فلا يتعلق العقد بتلك الدراهم، وإنما يتعلق بمثلها في ذمة المضارب؛ ولهذا لو هلكت [قبل التسليم]، لا يبطل البيع، فالشَّركة بها لا تكون سببًا لربح ما لم يَضْمَن.

أما العروض وغير الدراهم والدنانير، كالأواني والحُليِّ، تَتَعَيَّن بالتَعْيِيْن؛ ولهذا لو هلكت قبل التسليم، يبطل البيع، فلا يكون العقد متعلقًا بما في ذمة المضارب، فيُؤدِّي إلى رِبْح ما لم يَضْمَن.

والتِّبْر من الذهب والفضة في رواية كتاب الشركة، تَتَعَيَّن بالتَعْيِيْن، بمنزلة العروض، وفي رواية كتاب الصرف: لا تتعيَّن، فعلىٰ قياس تلك الرواية: تصح المضاربة بها.

والفلوس الرائجة عند محمد، بمنزلة الدراهم، تجوز الشركة والمضاربة بها، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: بمنزلة العروض.

وهذا بناءً على مسألة أخرىٰ: أن الفلوس الرائجة عند محمد: لا تتعيَّن بالتعيين، حتى لا يجوز عنده بيع الفَلس بالفَلسين بأعيانهما، وعندهما: تتعيَّن بالتَّعْيِيْن، حتىٰ يجوز بيع الواحد بالاثنين، فكان بمنزلة الحنطة وغير ذلك.

ما يعتبر فيه قول المضارب

(مضارب معه ألفان، فقال لرب المال: دفعت إِلَيَّ ألفًا، وربحت ألفًا، وقال رب المال: لا، بل دفعت إليك [ألفي درهم]، فالقول قول المضارب).

وعن أبي يوسف: القول قول رب المال؛ لأنهما اتفاق على أن ما في يده ملك رب المال؛ لأن الربح يتبع الأصل، ثم المضارب يدَّعي عليه استحقاق شيء من الربح، وهو ينكر، فيكون القول قوله، كما لو وقع الاختلاف بينهما في مقدار ما شُرِط للمضارب.

وجه ظاهر الرواية: أن حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض، واستحقاق الربح بناءً عليه، فرب المال يدَّعي عليه قبض الألفين، وهو ينكر قبض أحد الألفين، ولو أنكر القبض أصلاً، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الزيادة.

ولو قال الذي في يده المال: دفعتَ إليَّ ألفًا مضاربةً بالنصف، فربحتُ ألفًا، وقال رب المال: دفعتُ إليك الألف بضاعةً، فربِحتَ فيها ألفًا، كان القول قول رب المال؛ لأن المضارب يدَّعي استحقاق شيء من الربح، وتقويمَ عمله والربح يملك بملك الأصل، فكان الظاهر شاهدًا لرب المال، فكان القول قوله.

المضارب عامل لرب المال في الشراء

(**رجل دفع إلى رجل ألفًا مضاربةً، فاشترىٰ المضارب بها عبدًا، فهلكت الدراهم قبل أن ينقُدها، فعلىٰ رب المال أن يدفع ألفًا أخرىٰ**)؛ لأن المضارب كان عاملاً لرب المال في الشراء، والشراء لا يبطل بهلاك الثمن، فيرجع إليه بالعُهدة.

(**وإن هلكت الثانية، يرجع إليه بألف أخرىٰ، وكذلك لو هلكت الثالثة، فيرجع عليه حتى يصل الثمن إلى البائع، ويكون رأس المال جميع ما دفع إليه رب المال**).

وهذا بخلاف ما لو وكَّل إنسانًا بالشراء، ودفع إليه [المال]، فاشترىٰ الوكيل ولم ينقُد الثمن حتى هلكت، يرجع إليه مرَّةً أخرىٰ، فإن هلكت الثانية، لا يرجع. [١٩٧/أ]

والفرق: أن ما يرجع المضارب على رب المال، يكون من مال المضاربة، يأخذها رب المال عند قسمة الربح، ورأس المال أمانةٌ في يد المضارب، فلهذا يهلك على رب المال في كل مرة.

أما الوكيل بالشراء، إذا اشترىٰ، وجب الثمن للبائع عليه، وله على الموكِّل، فإذا رجع على الموكِّل، فقد اقتضىٰ دينه، ودخل المقبوض في ضمانه، فلا يرجع مرةً أخرىٰ، وكذا لو وَكَّلَ بالشراء ولم يدفع إليه المال، فاشترىٰ الوكيل، ورجع على الموكِّل، فهلك في يده، فلا يرجع مرةً أخرىٰ؛ لأنه اقتضىٰ دينه، فلا يرجع.

اشتراط العمل على رب المال

(مضارب شرط لنفسه ثلث الربح، ولرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد بنفسه [معه]، جازت المضاربة)، وإن شرط العمل على رب المال، لا يجوز؛ لأن التخلية شرطٌ لصحة المضاربة، واشتراط العمل على رب المال يمنع التخلية، فأما اشتراط العمل على عبد رب المال، لا يمنع التخلية؛ لأن العبد له يدٌ معتبرةٌ، فإذا جازت المضاربة، كان ثلث الربح له، والثلثان لرب المال؛ لأن ثلث الربح كسب العبد، فيكون لمولاه إن لم يكن عليه دَينٌ، وإن كان عليه دَينٌ، فغرماؤُه أحق بكسبه، كسائر أكسابه.

ما يجوز للمضارب في مال المضاربة

(وللمضارب أن يُوْدِعَ، ويبضع، ولا يدفع المال إلى غيره مضاربةً، إلَّا إذا قيل له: اعمل فيه برأيك)، وقد ذكرنا.

❊❊❊

كتَابُ
الوَدِيْعَة

ادِّعاء اثنان دعوى صحيحة في ألف أنه له

(رجل في يده ألف، ادَّعَاها رجلان، كل واحد منهما يدَّعي أنها له، أودعها إيَّاه، فأبىٰ أن يحلف لهما، فهذه الألف بينهما، وعليه ألف أخرىٰ لهما)؛ لأن كل واحد منهما ادَّعىٰ دعوىٰ صحيحةً، فيحلف لكل واحد منهما على الانفراد.

وإن حلف لأحدهما، يحلف للآخر، فإن حلف لهما، انقطعت خصومتهما، وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر، فالألف للثاني؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار، وانقطعت خصومة الآخر.

وإن نكل للأول لا يقضىٰ للأول حتى يحلف للثاني؛ لأن من حجة الآخر أن يقول: لو بدأت لي بالاستحلاف، كان ينكل أيضًا، بخلاف ما إذا أقر لأحدهما، حيث يُقضىٰ له، ولا يُؤخَّر؛ لأن الإقرار حجة بنفسه، والنكول لا يوجب شيئًا قبل القضاء؛ ولهذا لو نكل ثم حلف، لا يلزمه شيء.

ولو أقر للأول ثم نكل للثاني، ضمن للثاني، ولا يثبت للثاني شركةٌ في الألف التي أقر بها؛ لأن نكوله ليس بحجة على الأول.

وإن نكل للأول ونكل للثاني أيضًا، فالألف بينهما؛ لأنَّ كل واحد منهما استحق الألف بنكوله، فيُقضىٰ لهما، كما لو أقاما البينة، وعليه ألف أخرىٰ لهما؛ لأن كل واحد منهما استحق كل الألف، ولم يصل إليه إلَّا النصف، وعجز عن رَدِّ كل الألف إلى كل واحد، بنكوله، وتسليط القاضي على القضاء، فيضمن.

السفر بالوديعة

(وللمُوْدَع أن يخرج بالوديعة حيث شاء)، وقال الشافعي: ليس له أن يسافر بالوديعة[١]، ولو نهاه عن السفر، فسافر بها، ضمن؛ لأنه شرط شرطًا مفيدًا، فيجب اعتباره.

وأجمعوا: على أن الأب أو الوَصِيَّ إذا سافر بمال اليتيم، والطريق آمِنٌ، لا يضمن.

والوكيل بالبيع إذا سافر بما وُكِّل ببيعه، فإن قيَّد الوكالة بمكان، بأن قال: بِعْهُ بالكوفة، فسافر به، ضمن، وإن أطلق الوكالة، فسافر به، إن كان شيئًا له حَملٌ ومَؤُوْنَةٌ، ضمن، وإلَّا فلا.

ثم عندنا: للمُوْدَعِ أن يسافر بما لا حملَ له ولا مَؤُوْنَة، طال الخروج أم قصر، وإن كان له حَملٌ ومَؤُوْنَةٌ، وليس له بُدٌّ من السفر، فكذلك؛ لأن مواضع الضرورة مستثناةٌ عن قواعد الشرع.

وإن كان له بدٌّ من السفر، عند أبي حنيفة: لا يضمن، طال الخروج أم قصر، وعلى قول محمد: يضمن، طال الخروج أو قَصُر؛ لأن حَمله ومَؤُوْنَته تكون على المالك، والمالك لم يَرْضَ بذلك، وقال أبو يوسف: إن طال [الخروج]، فكما قال محمد، وإن قَصُر، فكما قال أبو حنيفة، هذا إذا كان الطريق آمنًا.

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٦١.

وإن كان مَخُوْفًا، وله بُدٌّ من السفر، ضمن بالاتفاق، وكذا الأب والوصي.

وإن لم يكن له بُدٌّ من السفر، إن سافر بأهله، لا يضمن، وإن سافر بنفسه، ضمن؛ لأنه يمكنه أن يتركها في أهله.

دفع المُودع الوديعة لمن شاء من عياله

(وللمُوْدَعِ أن يدفع [الوديعة] إلى من شاء من عياله)؛ لأنَّ يد من في عياله كيده؛ ولأن المودَع يلتزم الحفظ على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، وهو إنما [١٩٦/ب] يحفظ ماله بأن يَضَعَه في حِرْزِه، أو يحمله مع نفسه إذا خرج إلى السُّوْقِ أو إلى الكَرْمِ وغير ذلك، أو يحفظ بيد مَنْ في عِيَاله.

(**وإن نهاه أن يدفعها إلى من كان في عياله، فدفعها إليه، إنْ دفعها إلى من لا بُدَّ له منه، لا يضمن، وإن كان له منه بُدٌّ، ضمن**)؛ لأن الناس يختلفون في الأمانة، فإذا كان له منه بُدٌّ، أمكنه العمل بما شرط، فيعمل به.

وإن لم يكن له منه بدٌّ، بأن كانت الوديعة دابةً، فقال: لا تدفعها إلى غلامك، أو لأن شيئًا يحتاج في حفظه إلى امرأته، فقال: لا تدفعه إلى امرأتك، فدفع، لا يضمن؛ لأنه مما لا يمكنه الامتناع عنه، فلا يفيد هذا الشرط، كما لو قال: احفظ بيمينك، ولا تحفظ بيسارك، أو قال: احفظه في هذا البيت، ولا تحفظه في هذا البيت، وهما لا يتفاوتان.

وكذلك المرأة إذا دفعت الوديعة إلى زوجها؛ لأن المعنىٰ يجمعهما.

اشتراط الحفظ في دار معينه

(**ولو قال له: احفظها في هذه الدار، ولا تحفظها في تلك الدار، والداران في سكة أو سكتين، فوضَعها في الدار المَنْهِيَّة، ضمن، وإن قال: احفظها في هذا البيت، ولا تحفظها في ذلك البيت، ووضعها في البيت المَنْهِيِّ عنه، لا يضمن**).

والفرق: أن الدور المتباينة تتفاوت في الحِرْز ظاهرًا، فكان الشرط مفيدًا، أما البيتان من دار واحدة، قَلَّ ما يتفاوتان في الحِرْز، فلا يعتبر الشرط، حتى لو كان بينهما تفاوت [في الحِرْزِ]، بأن كانت الدار عظيمةً، وظهر البيت الذي نهاه عنه إلى السكة، أو نحو ذلك، يضمن.

ولو قال: احفظها في كيسك، ولا تحفظها في صندوقك، أو قال: احفظها في الصندوق، ولا تحفظها في البيت، لا يضمن، فالصندوق من البيت، بمنزلة البيت من الدار؛ لقلة التفاوت بينهما.

هل للمُودَع ولاية القسمة؟

(ثلاثة استودعوا رجلاً ألفًا، فغاب اثنان منهم، ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه، وقال أبو يوسف ومحمد: له ذلك).

وإن كانت الوديعة عرضًا، ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه في قولهم جميعًا.

لهما: أنه طلب تسليم نصيبه، فكان له ذلك، كما لو طلب نصيبه من الدين المشترك.

ولأبي حنيفة: أن حقه في ثُلُثٍ شائعٍ في الكل، فلا يمكنه تسليم الشائع؛ لِمَا فيه من دفع نصيب الغائب، ولا يملك الإقرار؛ لأن ذلك لا يكون إلَّا بالقسمة، وليس للمُوْدَعِ ولاية القسمة؛ ولهذا لو دفع إليه البعض، وهلك الباقي في يده، كان للغائبين حق المشاركة في المقبوض، بخلاف الدين؛ لأن الغريم يدفع مال نفسه، فَصَحَّ الطلب.

أودع المستودع آخر فهلك عنده فمن الضامن منهما؟

(رجل أودع رجلاً ألفًا، فأودعها المستودع رجلاً آخر، فهلك عند الثاني، فلرب المال أنْ يُضَمِّنَ الأول، وليس له أن يُضَمِّنَ الثاني.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يُضَمِّنَ أيهما شاء، فإن ضَمَّنَ الثاني، رجع على الأول، وإن ضَمَّنَ الأول، لا يرجع على الثاني).

لهما: أن الثاني أخذ المال من الضمين؛ لأنَّه صار ضامنًا عند الكل، فكان له أن يُضَمِّنَ أيهما شاء، كالغاصب إذا أودَع رجلاً، يُضمِّن المالك أيهما شاء، وإذا ضَمَّنَ الثاني، رجع على الأول؛ لأنه عاملٌ للأول مغرورٌ من جهته، وهو ومودَع الغاصب سواء.

ولأبي حنيفة: أن الثاني أخذ المال ممن له حق الدفع، فلا يضمن، وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ الأول لو دفع إلى الثاني؛ ليحفظه الثاني بحضرته، فهلك عند الثاني، لا يضمن الثاني، وإنما يضمن الأول بتركه عند الثاني، بخلاف مودع الغاصب.

المودَع إذا خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوِفَاقِ، بَرِئَ من الضَّمان عندنا، خلافًا للشافعي، والمسألة معروفة.

***

كِتَابُ
العَارِيَةِ

المستعير يملك الإعارة

(رجل استعار دابةً ولم يُسَمِّ شيئًا، فله أن يُعيرها، وليس له أن يُؤاجِرها، فإن آجرها فعطِبت، ضَمِن).

الأصل فيه: أن المستعير يملك الإعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه، كخدمة العبد، وزِراعة الأرض، وسكنىٰ الدار.

وقال الشافعي: لا يملك(١)؛ وهذا بناءً على أن الإعارة عندنا: تمليكٌ، وعند الشافعي: إباحةٌ.

له: أنها تَصِحُّ مع جهالة المدة، ولو كان تمليكًا لا تصح كالإجارة؛ ولهذا لو قال: آجرتك هذه الدار بغير عوض، لا تكون إعارةً، ولو كان تمليكًا، وجب أن ينعقد بلفظة الإجارة ويرتفع بمجرد النهي، ولو كان تمليكًا، لا [١٩٨/أ] يترفع وإن كان بغير عوض كالهبة، والمستعير لا يملك الإجارة.

ولو كانت الإعارة تمليكًا، ينبغي أن يملك الإجارة؛ لأن المالك يملك التمليك، ألا ترىٰ أن الهبة لما كان تمليكًا، ملك الموهوب له الإجارة والبيع، [فثبت] أنَّها إباحةٌ، والمباحُ له لا يملك الإباحة؛ ولهذا لا يملك الإعارة فيما يتفاوت فيه الناس: كالركوب، واللُّبْس.

---

(١) قال العثماني: «ليس للشافعي فيها نصٌّ، ولأصحابه وجهان: أصحُّهما عدم الجواز»، رحمة الأمة ص٣٢٨. انظر: المنهاج ص٢٨٧.

ولنا: أنَّ اللَّفْظة لَفْظة التمليك، فإن الإجارة تنعقد بلفظة الإعارة، وإعارة الدراهم والدنانير، وكل ما يُكال، أو يُوزَن، أو يُعَدُّ، فهو تمليكٌ، ويكون قرضًا؛ ولهذا تنعقد الإعارة بلفظة التمليك، فإن من قال لغيره: ملَّكتك منفعة هذا العين شهرًا، كانت إعارةً، فثبت أن اللفظة لفظة التمليك، وقد أضيفت إلى مَحَلٍّ قابل للتمليك: وهو المنفعة، فيكون تمليكًا، والمالك يملك التمليك بقدر ما ملك؛ ولهذا يملكها المستأجر، والموصىٰ له بالخدمة.

وإنما ترتفع الإعارة بمجرد النهي؛ لأن الملك يحدُث ساعةً فساعةً، فكان النهي منعًا عن التمليك، لا فسخًا، بخلاف الهبة.

وإنما صَحَّت مع الجهالة؛ لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنها غير لازمة.

وإنما لا يملك المستعير الإجارة؛ لأنَّه مَلَّكَهُ على وجهٍ يتمكَّن من الاسترداد في كل ساعة، ولو صحَّت الإجارة، لا يملك الاسترداد.

وقوله: لا يملك الإعارة فيما يتفاوت فيه الناس، قلنا: لو أعار مطلقًا، يملك.

الإعارة على وجوه أربعة:

ثُمَّ الإعارة على وجوه أربعة: أحدها: أن تكون مطلقةً في الوقت والانتفاع، وفي هذا الوجه: للمستعير أنْ ينتفع بها في أيِّ وقتٍ شاء، أيَّ منفعة شاء.

والثاني: أن تكون مؤقَّتةً في الوقت والانتفاع، بأنْ قال: أعرتك يومًا لتركب، أو لتحمل، في هذا الوجه: ليس له غير ذلك؛ عملاً بالتقييد، إلَّا إذا كان خلافًا إلى خير، أو إلى مثل المسمَّىٰ.

والثالث: أن تكون مقيَّدةً في حق الوقت دون المنفعة، أو في المنفعة دون الوقت، فيُعمَل بالتقييد.

وفي مسألتنا هذه: إذا لم يُسَمِّ شيئًا، فقد أطلق الوقت والانتفاع، فلا يتقيَّد: فإن شاء ركب، وإن شاء حمل، وإن أعار غيره للحمل جاز؛ لأن الناس لا يتفاوتون في الحمل، وللمستعير أن يُعير فيما لا يتفاوت الناس فيه، وإن أعاره للركوب جاز من حيث إنَّه يُعير للمنتفع الانتفاع؛ لأن المُعير لم يُعيِّن جهة الانتفاع والمنتفع، بل فوَّض إليه تعيين الراكب، فإذا أعار غيره للركوب، فقد عيَّن الانتفاع، فيصح من هذا الوجه؛ لأن هذا نقلٌ وتمليكٌ؛ لأن من استعار للركوب، لا يملك أن يُعير غيره؛ لتفاوت الناس فيه، حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه، كان ضامنًا؛ لأنه لما صحّ تعيين المنتفع، صار تعيينه كتعيين المالك، هكذا ذكره الإمام علي بن محمد البزدوي.

وذكر الإمام المعروف بخواهرزاده: لو ركب المستعير بعد ذلك بنفسه، لا يضمن.

ذكر في الكتاب: أن المستعير لا يملك الإجارة، ويملك الإعارة، ولم يذكر الإيداع، واختلف المشايخ فيه: فقال مشايخ العراق: يملك فيما يملك الإعارة، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل؛ لأن الإيداع دون الإعارة، فإذا ملك الإعارة فيما لا يتفاوت فيه الناس، (ملك الإيداع؛ لأنَّه دونها)[1].

وقال بعضهم: لا يملك الإيداع، وهو الصحيح؛ لأن الإعارة تصرُّفٌ فيما هو مملوكٌ له: وهو المنفعة، وتسليم العين من ضرورات ذلك، أما الإيداع، تصرُّفٌ في ملك الغير: وهو العين، وصاحب العين لم يَرْضَ بالدفع إلى غيره، والمودَع لا يُودِع؛ لأن الناس يتفاوتون في الأمانة.

ولا يُعير، ولا يُؤاجِر؛ لأن الإجارة والإعارة فوق الإيداع، فإذا لم يملك الأدنىٰ، لا يملك الأعلىٰ.

---

(١) في ب، د العبارة (ملك ما دونها).

والمستأجر يملك الإجارة؛ لأنه مَلَك ببدلٍ، فيملك التمليك من غيره اعتبارًا للمالكية، وإذا ملك الإجارة، ملك الإيداع والإعارة ضرورةً.

مخالفة المستعير في حمل الدابة

وإن استعار دابةً، فسمّىٰ وقتًا، أو مكانًا، فجاوز ذلك المكان، أو جاوز الوقت، يضمن؛ لأن التقييد مفيدٌ، فيتقيَّد، فإن رجع إلى المكان المشروط، فعطبت الدابة، ضمن؛ لأنه دخل في ضمانه بالمجاوزة، فلا يبرأ عن الضمان إلَّا بالرد إلى المالك. [١٩٧/ب]

قالوا: تأويله: إذا استعار ذاهبًا لا جائيًا، أما إذا استعار ذاهبًا وجائيًا، فإذا رجع إلى المكان المشروط، وهلك، لا يضمن؛ لأنه عاد إلى المكان المشروط، والعقد قائم، فيبرَأُ عن الضمان، كالمُوْدَع إذا عاد إلى الوِفَاق.

قالوا: الجواب على هذا التفصيل، مذكور في «النوادر»، وفي كتاب الشروط، في رواية أبي حفص.

ومنهم من تمسَّك بإطلاق الكتاب وقال: لا يبرَأُ عن الضمان على كل حال، ووجهه ما قلنا، بخلاف المودع؛ لأنه قائم مقام المالك في الحفظ، فإذا عاد إلى الوِفاق، صار كأنه رَدَّ على المالك.

مخالفة المستعير ما يحمل على الدابة

وإن استعار دابةً ليحمل عليها عشرة مخاتيم[١] حنطة، فحمل عشرة مخاتيم شعير، لا يضمن؛ لأنه خالف إلى خير، أو إلى مثل المسمّىٰ؛ لأن الشعير أخفُّ وزنًا من الحنطة، هذا إذا كان كيل الشعير مثل كيل الحنطة، ووزنه أقل من وزن الحنطة.

فإن كان وزنه مثل وزن الحنطة، قال الشيخ الإمام المعروف بخواهرزاده: الجواب لا يختلف؛ لأن الشعير يأخذ من موضع الحمل أكثر مما تأخذ الحنطة، فكان الشعير أقلَّهما ضررًا.

---

(١) «المختوم: المكيال كالصَّاع ونحوه»، كما في المعجم الوسيط (ختم)؛ «وسُمِّيَ بذلك؛ لأنَّ السلطان كان يختم عليه منعًا للتَّلاعُب»، معجم لغة الفقهاء (ختم).

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه يضمن؛ لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة، فكان الشعير بمنزلة التِّبْن.

وإن حمل عليها أحد عشر مختوم حنطة، فعطبت، يضمن جزءًا من أحد عشر جزءٍ من قيمتها؛ لأن تلف الدابة حصل بالكل، وبعضه مأذون، والبعض لا، فيقسم الضمان على نحو ما قلنا.

استعار دابة ليركبها بنفسه، فركبها وأردف معه غيره

وإن استعار دابةً ليركبها بنفسه، فركبها وأردف معه غيره، فعطبت، يضمن نصف قيمتها؛ لأن تلف الدابة حصل بركوبهما، وركوبُ أحدهما مأذونٌ فيه، وركوب الآخر لا، فيضمن النصف، ولا يعتبر الثِّقل والخفَّة؛ ولأن الناس يتفاوتون في الركوب، فرُبَّ نحيفٍ يضُرُّ بالدابة لخُرْقِهِ، ورُبَّ ثقيل يَرُوْض الدابة، ولا يضرّها لعلمه، فلا يعتبر الثِّقل في بني آدم، ويعتبر العدد، وهذا إذا أردف رجلاً.

وإن أردف صبيًّا، يضمن قدر الثِّقل؛ لأن الصبي لا يستمسك بنفسه على الدابة، فكان بمنزلة المتاع، وهذا إذا كانت الدابة تطيق حملهما.

فإن كانت لا تطيق، يضمن جميع القيمة؛ لأنها إذا كانت لا تطيق، كان ركوبهما إتلافًا قصدًا، فيضمن جميع القيمة.

وإن استعار دابةً ليحمل عليها مئةَ مَنٍّ مِنَ القطن، فحمل عليها مئة مَنٍّ[1] مِنَ الحديد، أو لَبِنًا، أو حجرًا، أو آجُرًّا، ضمن؛ لأن ثِقل الحديد والحجر ونحو ذلك، يجتمع في محل واحد، وثِقل القُطن يتفرَّق على ظهر الدابة.

---

(١) «والمَنُّ: معيارٌ قديمٌ كان يُكال به أو يُوزَن، وقَدْرُه إذ ذاك: رطلان بغداديَّان»، «والرَّطلان = ٢٤ أوقية = ٨١٥,٣٩ غرامًا»، كما في المعجم الوسيط؛ ومعجم لغة الفقهاء (مَنّ).

الاسترداد في الاستعارة المطلقة

وإن استعار أرضًا ليغرس فيها شجرًا، أو يبني بناءً، ولم يؤقِّت الإعارة، فلصاحب الأرض أن يستردها في أي وقت شاء؛ لأنها غير لازمة، وللمستعير أن يقطع الأشجار، ويرفع البناء، وليس له أن يُضمِّن المُعير قيمة البناء والغرس، ويترك ذلك عليه.

وعلى قول مالك: له أن يترك البناء والغرس على صاحب الأرض، ويُضمِّنه القيمة؛ لأنه صار مغرورًا من جهته، فكان له أن يُضمِّنه القيمة، كما لو كانت الإعارة مؤقَّتةً واستردها قبل مُضِيِّ الوقت، كان له أن يُضمِّنه قيمة الغرس والبناء[1].

وإنا نقول: بأن الإعارة شُرِعت غير لازمة، فكان له ولاية الاسترداد في كل وقت، فإذا وقَّت الإعارة، فقد وعد [له] الترك في تلك المدة، [فإذا] أخلف الوعد، فصار مغرورًا من جهته، بخلاف ما إذا أطلق.

فإن أعار أرضه ليزرع، فزرع، ثم أراد أن يسترد قبل إدراك الزرع، ليس له ذلك، ويبقىٰ في يده بطريق الإجارة إلى أن يدرك، بخلاف الأول؛ لأن الزرع له غايةٌ معلومةٌ، فلو انقلبت إجارةً إلى أن يدرك، لا يتضرَّر المالك، ولا كذلك الشجر.

ردّ الدابة المُعارة مع أجيره إلى عبد صاحب الدابة

(**رجل استعار دابةً ليركبها، فَرَدَّها مع عبده، أو أجيره، أو ردَّها إلى عبد صاحب الدابة، أو أجيره، لا يضمن**)؛ لأن المستعار أمانةٌ في يده، وفي الوديعة يد هؤلاء يد المودَع في الحفظ، فكذلك في الردِّ. [١٩٩/أ]

وأراد بالأجير: الذي استأجره مُشَاهَرَةً، أو [مُسَانَهَةً]؛ ليكون بمنزلة من في عياله، وإن استأجر مُياوَمةً، فلا، وكذلك عبد رب الدابة، أو أجيره؛ لأنه رضي بالرد على يد هؤلاء؛ لأن الإنسان قلَّ ما يباشر ذلك بنفسه، خصوصًا إذا كان وجيهًا.

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، ص٤٠٨ (الباز).

ولم يفصل في الكتاب بين العبد الذي يقوم على الدابة، والذي لا يقوم، من المشايخ مَنْ قال: في العبد الذي لا يقوم على الدابة: قياس واستحسان، في القياس: يضمن، وفي الاستحسان: لا يضمن.

رد الدابة إلى مربط المالك

وجعلوا هذه المسألة فرعًا لمسألة أخرىٰ: إذا رد الدابة إلى مَرْبَط المالك، في القياس: يضمن، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأن العبد والمَرْبط كلاهما في يد صاحب الدابة.

وجه القياس ظاهرٌ، ووجه الاستحسان: أن العادة فيما بين الناس: أن الإنسان يستعير شيئًا ويَرُدُّه إلى بيته، ويستعير الدابة ويَرُدُّها إلى الإصطبل، والعادة في العبيد أظهر وآكد؛ لأن الإنسان لا يأخذ الدابة بنفسه، خصوصًا إذا كان وجيهًا، حتى لو كانت العارية عِقْدَ جوهر، أو شيئًا نفسيًا، يضمن، بخلاف الدابة، فلا يفرق بين العبد الذي يقوم على الدابة، والعبد الذي لا يقوم.

رَدّ الوديعة والعارية على يد أجنبي

(وأما إذا رَدَّ الوديعة والعارية على يد أجنبي، ضمن)؛ لأنَّ المالك لم يَرْضَ بالدفع إليه، لا صريحًا ولا دلالةً، ودَلَّت هذه المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع.

والغاصب إذا ردَّ المغصوب على يد مَنْ في عيال المغصوب منه، لا يبرَأُ عن الضمان، وكذا السارق؛ لأن الضمان كان واجبًا، فلا يبرأ [إلَّا] بالرد على المالك من كل وجه.

والمودَع إذا دفع الوديعة إلى مَنْ في عيال صاحبها، ذكر القدوري: أنه يضمن، وذكر في «الجامع»: أنه لا يضمن، وبه أخذ الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل وغيره.

استعمال لفظ الإعارة في كتابة عقد الإعارة

(رجل أعار أرضًا بيضاءَ ليزرعها، فإنه يكتب: إنَّك أطعمتني، وقال أبو يوسف ومحمد: يكتب: إنَّك أعرتني)؛ لأنَّ الموضوع لهذا العقد: لفظة الإعارة، فكان أولىٰ بالاستعمال.

ولأبي حنيفة: أن الإعارة عُقِدت للزِّراعة، والزِّراعة تحتاج إلى مدة مديدة، ومطلق الإعارة لا يدل عليه، ولفظة الإطعام تدُلُّ عليه، فكان أولىٰ.

كِتَابُ
الهِبَةِ

القبض في الهبة بشرط العوض

(رجل وهب لرجل هذا العبد، على أن يهب الموهوب له هذا العبد لآخر، فليس هذا بشيء ما لم يتقابضا، ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه ما لم يتقابضا، وإذا تقابضا، فهو بمنزلة البيع، يردّان بالعيب).

قال أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: الهبة بشرط العوض: هبةٌ ابتداءً، حتى لا تَتِمُّ إلَّا بالقبض، ولا تصِحُّ مع الشيوع، ولا تُوجِب الشفعة، وإذا اتصل بها القبض، تصير بيعًا تجب به الشفعة.

وقال زفر والشافعي: بيعٌ ابتداءً وانتهاءً[1].

لهما: أن [اللفظة لفظة الهبة]، والمعنىٰ معنىٰ البيع، وهو مبادلة المال بالمال، والعبرة للمعنىٰ دون اللفظ؛ ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالةً، والحوالةُ بشرط بقاء مطالبة المحيل: كفالةً؛ **(ولهذا لو قال: بعت منك منافع داري، كل شهر بكذا، كانت إجارةً).**

ولنا: أن اللفظة لفظة الهبة، والمعنىٰ معنىٰ البيع، فيجب اعتبارهما، واعتبارهما في حالة واحدة لا يمكن، فعملنا بهما في حالتين، فجعلناه هبةً قبل القبض، ويُراعىٰ فيه شرائط الهبة، وإذا اتصل به القبض، يصير بيعًا، كما قلنا في الإقالة.

---

(١) انظر: المنهاج ص٣٢٥.

ولهذا قلنا: إنَّ هبة المريض: هبةٌ ابتداءً، حتى يشترط فيها القبض، ولا تصِحُّ مع الشيوع، ثم تصير وصيةً بعد الموت.

وهب لرجل دارًا فعوضه عن نصفها

(رجل وهب لرجل دارًا، فعَّوضه عن نصفها، فله أن يرجع في النِّصْف الذي لم يُعوِّض)؛ لأن المانع من الرجوع: التعويض، والتعويض وُجِد في البعض.

وصورة التعويض: أن يذكر لفظًا يعلم به الواهب أنه عِوَضُ هبته، بأن يقول الموهوب له: هذا عِوَض هِبَتِك، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك، أو بدل هبتك، أما إذا وهب من الواهب شيئًا، ولم يعلم الواهب أنه عِوَضُ هبته، كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته.

الشرط الباطل في الهبة الجائزة

(رجل وهب لرجل دارًا على أن يَرُدَّ عليه شيئًا منها، أو يُعوِّضه شيئًا منها، أو وهب لرجل جاريةً على أن يَرُدَّها عليه، أو على أن يُعتِقها، أو يتَّخِذها أمَّ ولد، فالهبة جائزةٌ، والشرط باطلٌ).

[١٩٨/ب] أما بطلان الشرط؛ فلأنه يخالف مقتضىٰ الهبة؛ لأن مقتضىٰ الهبة: ثبوت الملك [للموهوب له] غير مؤقَّتٍ، فإذا شَرَط عليه الردَّ، أو شرط أن لا ينتفع بملكه، كان باطلاً.

وأمَّا جواز الهبة؛ فلأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ **(لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه أجاز العُمْرىٰ، وأبطل شرط المُعْمِر)**، [قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فإنْ مَنْ أعمر شيئًا، فإنَّه لمن أعمر**»(١)]، والعُمْرىٰ هبةٌ بشرط الرد بعد الموت.

---

(١) الحديث أخرجه مسلم من حديث جابر، كما ذكر الحافظ في الدراية ٢/١٨٥.

الرجوع في الهبة مع الزيادة المتّصلة

(رجل وهب لرجل [أرضًا]، فأنبت في ناحية منها شجرًا، أو بنىٰ دكانًا، أو آريًا، فليس للواهب أن يرجع في شيء منها).

الأصل فيه: أن الزيادة المتصلة، تمنع الرجوع في الهبة، سواء كانت بفعل الواهب، أو لا بفعله.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا تمنع؛ لأن الزيادة تبعٌ، وحق الرجوع كان ثابتًا في الأصل، فلا تبطل بالبيع.

ولنا: أن الزيادة ليست بهبة، فلا يرجع فيها، ولا يرجع في الأصل؛ لتعذُّر التمييز بينهما، وقوله: بأن الزيادة تبعٌ، قلنا: نعم، لكن الثابت للواهب حقٌّ ضعيفٌ، يبطل بإبطاله، كالبيع ونحوه، فيبطل بهذا السبب.

وإذا ثبت هذا نقول: البناء والغرس زيادةٌ تزداد بها مالية الكل، وكذا الدكان، والآري، وهذا إذا كان الدكان يُعَدُّ زيادةً، صغيرًا كان أو كبيرًا، فإن كان في موضع لا تُعَدُّ زيادةً، لا يمنع الرجوع إليه، أشار إليه في الكتاب فقال: وكان ذلك زيادة فيها؛ وهذا لأن البناء قد يكون في موضع يُعَدُّ نقصانًا، كبناء الآري في الصُّفَّة.

فإن كانت الأرض عظيمةً، لا تُعَدُّ زيادةً في الكل، وتُعَدُّ زيادةً في تلك القطعة، كان له أن يرجع في غيرها؛ لأن المانع: هو الزيادة، فيتقدَّر بقدرها.

فإن رفع البناء بعد ذلك، كان للواهب أن يرجع؛ لأن حقه لم يبطل، وإنما تعذَّر الرجوع بسبب الزيادة، فإذا زال المانع، والحق قائمٌ، كان له أن يرجع.

وكذا لو ترافعا الأمر إلى القاضي، فلم يَقْضِ القاضي بالرجوع؛ لمكان الزيادة، ثم زالت الزيادة، وعادت كما كانت، كان للواهب أن يرجع، بخلاف ما إذا اشترىٰ عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فحُمَّ العبد في الأيام الثلاثة، فخاصمه في الرد، فأبطل القاضي حق المشتري؛ لمكان الحُمَّىٰ، ثم زالت الحُمَّىٰ قبل مُضِيِّ الأيام الثلاثة، ليس له أن يَرُدَّ؛ لأن حق الواهب في الرجوع مما لا يحتمل السقوط؛ ولهذا لو قال الواهب: أسقطت، أو أبطلت حق الرجوع، لا يبطل، فلا يسقط بسبب البناء والزيادة، إلَّا أنه امتنع لمانع، فإذا زال المانع، كان له أن يرجع.

أما حق المشتري مما يحتمل السقوط، فإذا قضىٰ القاضي، فقد أبطل حقه، فلا يعود بعد ذلك.

الرجوع في الهبة مع الزيادة المنفصلة

والزيادة المنفصلة كالأرش، والعُقْر، والولد، لا يمنع الرجوع؛ لأن الرجوع في الأصل ممكن بدون الزيادة، فيرجع في الأصل.

فرق في هذا بين البيع والهبة، والفرق في فصل البيع: لو رَدَّ الأصل بسبب العيب بدون الولد، يُؤدِّي إلى الربا، فلا يَرُدُّ، أما في الهبة: لو رجع في الأصل، لا يُؤدِّي إلى الربا.

فإن كانت الهبة دارًا، فهدمها الموهوب له، كان للواهب أن يرجع في الساحة؛ لأن الهدم نقصان، ولو كانت الهبة دارًا وقد قبضها الموهوب له، ثم باع نصفها، كان للواهب أن يرجع فيما بقي؛ لأن الحق كان ثابتًا في الكل، فيبقىٰ بقدر ما بقي.

ولا يرجع فيما زال عن ملك الموهوب له ببيع أو هبة، أو مات الموهوب له، فانتقل إلى الورثة؛ لأن اختلاف الملك، كاختلاف العين.

قال لغيره: داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة

(**رجل قال لغيره : داري لك هبةٌ سكنىٰ، أو سكنىٰ هبةٌ، ودفعها إليه، فهي إعارةٌ**)؛ لأن قوله: سكنىٰ، تفسير لما تقدم، وبيان أنه أراد تمليك المنفعة، لا تمليك العين.

وكذلك لو قال: داري لك هبةٌ عاريةٌ، أو قال: عاريةٌ هبةٌ، [كانت عاريةً].

أما الوجه الأول، فظاهر، وأما في الوجه الثاني؛ فلأن قوله: عاريةً، صريح في الإعارة، فلما قال بعد ذلك: هبة، يحتمل أنه أراد به: هبة العين، ويحتمل أنه أراد به: هبة المنفعة، فلا يتغير به أول الكلام.

لو قال: داري لك هبة تسكنها

(**ولو قال : داري لك هبةٌ تسكنها، فهي هبةٌ**)؛ لأن قوله: تسكنها: مشورةٌ في ملك الغير، وليست بصفة لما تقدم.

وكذا لو قال: داري لك عمرىٰ تسكنها، أو صدقة تسكنها، فهي هبة وصدقة، وقوله: تسكنها، أو تُعيرها: أو تُؤاجِرها: مشورةٌ في ملك الغير.

[٢٠٠/أ]

هبة المشاع

(**رجل تصدَّق على فقيرين بعشرة دراهم، أو وهبها لهما، جاز، وإن تصدَّق بها على غنيين، أو وهبها لهما، لم يَجُزْ، وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز للغنيين أيضًا**).

ذكر في كتاب الهبة: إذا وهب داره من رجلين، لم يَجُزْ في قول أبي حنيفة، وكذلك الصدقة.

من المشايخ مَنْ قال: في الصدقة على رجلين مُشَاعًا، عن أبي حنيفة روايتان: في رواية هذا الكتاب: يجوز، وفي رواية كتاب الهبة: لا يجوز.

ومنهم مَنْ قال: المذكور في كتاب الهبة، محمولٌ على ما إذا تصدَّق على غنيين.

وحاصله: أن هبة المشاع فاسدةٌ في قول أبي حنيفة، وصدقة المشاع جائزةٌ، إلَّا أن الهبة للفقير: صدقةٌ، حتى لا يملك الرجوع فيها، والصدقة على الغني: هبةٌ، [وعندهما: هبة المشاع جائزةٌ، والمسألة معروفةٌ في المختلف.

وجه الفرق: لأبي حنيفة بين الهبة] والصدقة: أن الصدقة تمليكٌ من الله تعالىٰ، والله تعالىٰ واحد لا شريك له، إلَّا أن الفقير نائب عنه في القبض، وتعدُّد الوكيل في القبض لا يمنع جواز الهبة إذا كانت الهبة من واحد.

أما الهبة: تمليك الموهوب له، يبتغي بها التَّودُّد والتَّحبُّب والتَّعويض؛ ولهذا كان له الرجوع فيها، فإذا تعددَّ الموهوب له، تصير هبة المشاع.

والصدقة على الغني، تحتمل التَّودُّد، والتَّحبُّب، والتَّعويض، فلا تَتَمَحَّض صدقة.

أما الهبة للفقير، يراد بها: ابتغاء مرضاة الله تعالىٰ لا غير، فكانت صدقة بلفظة الهبة.

فإذا فسدت هبة المشاع في قول أبي حنيفة: فإن قبضها فهلكت عند الموهوب له، كان عليه ضمانها، بمنزلة المبيع بيعًا فاسدًا.

قال لمديونه: إذا جاء غد، فهي لك أو أنت بريءٌ منها

(**رجل قال لمديونه: إذا جاء غدٌ، فهي لك، أو أنت بريءٌ منها، أو قال: إذا أدَّيت إِلَيَّ النصف، فلك النصف [الباقي]، أو أنت بريءٌ من النصف الباقي، فهو باطل، والدين على حاله**)؛ لِمَا ذكرنا: أن هبة الدين إسقاطٌ فيه معنىٰ التمليك، أو إسقاط ليس من جنس ما يخلف به، فلا يصح تعليقه بالشرط والإضافة، كالعَفْو عن القصاص.

بخلاف ما لو قال: أنت بريءٌ من النصف على أن تُؤدِّي إليَّ النصف؛ لأن ذلك ليس بتعليق، بل هو تقييد، ألا ترىٰ أنه لو قال لعبده: أنت حرٌّ على أن تُؤدِّي إِلَيَّ ألفَ درهمٍ، فَقَبِلَ، عُتِقَ، ولو قال له: إذا أَدَّيت إِلَيَّ ألفًا، فأنت حُرٌّ، لا يُعْتَق قبل الأداء. [والله تعالىٰ أعلم].

كِتَابُ الإِجَارَاتِ

بَابُ مَا يُنْقَضُ بِالعُذْرِ وَمَا لاَ يُنْقَضُ

الإجارة تفسخ بالأعذار

(رجل اكترىٰ إبلاً إلى مكة، فأراد أن يقعد فهو عذرٌ، وإن أراد الحَمَّال أن يقعد، فليس بعذر).

وأصل هذا: أن الإجارة تفسخ بالأعذار، وقال الشافعي: لا تفسخ[١]، وقال ابن أبي ليلىٰ: تفسخ بعذر وبغير عذر.

وجه قوله: أن الإجارة: تمليك المنفعة، وأنها معدومةٌ، فكان العقد مضافًا إلى وقت وجود المنفعة، فيكون الفسخ امتناعًا عن القبول.

وجه قول الشافعي: أن الإجارة نوعُ بيعٍ، فتكون لازمةً؛ قياسًا على بيع العين؛ لأن المقصود لا يحصل إلَّا بصفة اللزوم.

ولنا: أن العذر إذا تحقَّق، لا يمكنه الجري على موجب العقد إلَّا بضرر لم يَرْضَ به، فوجب أن يكون له حق الفسخ، كما لو وجد المشتري بالمبيع عيبًا.

ويُقال للشافعي: ما تقول في رجل استأجر رجلاً ليقلع سِنَّه لِوَجَعٍ، ثُمَّ زال الوجع، أو استأجر رجلاً ليقطع يده لآكِلَةٍ، ثم سقطت الآكلة، أو استأجر إنسانًا ليتخذ له وليمةً، فمات العروس، أيلزمه ذلك؟ وهو قبيحٌ.

---

(١) انظر: المنهاج ص٣١٣.

إذا ثبت هذا، نقول: المُكري لا يتمكن من الجري على موجب العقد إلَّا بتحمل السفر، والسفر عذابٌ، والإنسان لا يُجبَر على تحمُّل العذاب، وعسىٰ يعجَز عن السفر لانعدام عُدَّة السفر، أو كان يسافر لطلب غريم له، فيجيء الغريم.

من صور الأعذار

أمَّا الحَمَّال مُستَغْنٍ عن الخروج، ليس عليه إلَّا تسليم الدابة، فإنما يلحقه الضرر فيما تناوله العقد.

ومن المتأخرين مَنْ قال: لِلجَمَّال أن يفسخ أيضًا؛ لأنه يحتاج إلى صيانة الدَّوابِّ، والقيام عليها، ولو بعث غيره، ربما يتهاون في ذلك.

والصحيح: جواب الكتاب؛ لأن تسليم المعقود عليه يَتِمُّ من غير خروجه، فهو إنما يخرج لحفظ ماله على وجه المبالغة، ومثله لا يكون عذرًا في فسخ الإجارة.

[١٩٩/ب] (**وكذا الخياط إذا استأجر غلامًا ليخيط معه، فأفلس، أو مرض، وقام من السوق، فهو عذرٌ**)؛ لأنه عجز عن المضي.

وإذا أراد ترك الخياطة، والانتقال إلى عمل آخر، لا يكون عذرًا؛ لأنه قادرٌ على أن يستعمل الغلام في الخياطة في ناحية من الحانوت، ويشتغل هو بالصرف، أو بعمل آخر في ناحية أخرىٰ.

(**ولو آجر عبده، ثم باعه، لم يَجُزْ**)؛ لمكان حق المستأجر، ولا يكون عذرًا؛ لأن العذر: هو العجز عن المضي، أو لحوق الضرر في غير ما تناوله العقد، أما لحوق الضرر فيما تناوله العقد، لا يُعَدُّ عذرًا؛ لأنه التزم ذلك الضرر، وفي ترك البيع في غير ما يتناوله العقد، إنما يفوته الاسترباح على ما تناوله العقد، فلا يكون عذرًا، كما لو أراد أن يُؤاجِره من غير بأكثر من الأجرة الأولىٰ، ولو اعتبرناه عذرًا، لا تَسْلَم إجارةٌ في الدنيا.

(**وإن استأجر غلامًا ليخدمه في المصر، فأراد أن يسافر، فهو عذرٌ**)؛ لأنه لا يتمكن من المسافرة معه؛ لأن خدمة السفر أشقُّ من خدمة الحضر، ولو امتنع عن السفر، يتضرَّر ضررًا غير مستحق عليه بعقد الإجارة، وكذا لو استأجره ليخدمه مطلقًا؛ لأن خدمة السفر لا تستحق بمطلق العقد؛ لأنها أشدُّ من خدمة الحضر.

العذر تنتقض به الإجارة

ثم قال في الكتاب: (**في كل ما ذكرنا: أنه عذرٌ تنتقض به الإجارة**): فهذه إشارةٌ إلى أن العذر إذا تحقَّق، تنتقض الإجارة.

وإن لم تنتقض؟ ذكر في كتاب الإجارات و«الزيادات»: أنها لا تنتقض ما لم تنقض، فما ذكر هاهنا، محمولٌ على العذر الذي يمنعه من الجري على موجب العقد شرعًا، كما في مسألة الآكلة ونحوها، فلم يكن في إبقاء العقد فائدةٌ، فينتقض ضرورةً.

وما ذكر في الإجارات و«الزيادات»، محمولٌ على العذر الذي لا يمنعه من الجري على موجب العقد شرعًا، لكنه لا يمكنه المضي إلَّا بضرر، فكان في إبقاء العقد فائدةٌ، فلا ينتقض من غير نقض.

ثم في الموضع الذي نحتاج إلى النقض، هل ينفرد صاحب العذر بفسخ الإجارة، أو لا يفسخ إلَّا بقضاء أو رضا؟ ذكر في الإجارات: أنه لا يحتاج إلى القضاء والرضا، وذكر في «الزيادات»: أنه يحتاج إلى ذلك.

وجه ما ذكرنا في الإجارات: أن هذا فسخٌ قبل القبض؛ لأن قبض المنفعة لا تتحقَّق قبل الاستيفاء، فكان بمنزلة الفسخ بخيار العيب قبل القبض.

وجه ما ذكر في الزيادات ـ وهو الصحيح ـ: أن فسخ الإجارة بسبب العذر، مختلف فيه بين الفقهاء، ويسوغ فيه الاجتهاد، فلا يَتِمُّ إلَّا بقضاء أو رضا، بمنزلة فسخ النكاح بخيار البلوغ.

ومنهم مَنْ قال: العذر إذا لم يكن ظاهرًا، كالعذر بسبب الدَّيْن، يحتاج إلى القضاء أو الرضا؛ لأن خصمه يُكذِّبه، فيحتاج إلى الإلزام، وولاية الإلزام للقاضي، أما إذا كان العذر ظاهرًا، لا يحتاج إلى القضاء أو الرضا.

***

بَابُ
الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ

فساد الإجارة

(رجل دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف، فالثوب لصاحب الغزل، وللحائك أجر مثله، وكذا إذا استأجر رجلاً ليحمل له طعامًا إلى موضع معلوم بقفيز منه)، وكذا إذا استأجر حمارًا ليحمل عليه كذا قفيز من الحنطة بقفيز منها، **(فالإجارة فاسدة، ولا يجاوز بالأجر قفيزًا)**.

أما فساد الإجارة في هذه المسائل؛ لوجهين:

أحدهما: أنه جعل الأجر شيئًا معدومًا، وهو بعض الثوب، وبعض الطعام المحمول، فكان في معنىٰ: قفيز الطحان، وهو منهي؛ لأن صورة قفيز الطَّحَّان: أن يدفع حنطةً إلى الطحان ليطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة.

والثاني: أن العمل بحكم هذه الإجارة، يتِمُّ في محل مشترك بينها؛ لأنه يستحق الأجر بقدر ما يقيم من العمل، ولو صادفت الإجارة محلاً مشتركًا بينهما، بأن استأجر ليطحن حنطةً مشتركةً، أو طعامًا مشتركًا[١] بينهما، لا ينعقد العقد، ولا يستحق الأجر عندنا؛ لأن الأجر لا يجب إلَّا بعد تسليم العمل، وتسليم العمل في محل مشترك بين العامل [والمستأجر]، والأجر لا يَتِمُّ من كل وجه.

---

(١) في ب، د العبارة (أو لحمل طعام مشترك بينهما).

بخلاف ما لو استأجر بيتًا من شريكه لحفظ طعام مشترك بينهما، حيث يصح؛ لأن ثمة الأجر يجب بتسليم البيت، وتسليم البيت يتحقق.

[٢٠١/أ] إذا ثبت هذا، نقول: إذا لم يكن مشتركًا بينهما في الابتداء، ويصير مشتركًا قبل انتهاء العقد، ينعقد العقد بوصف الفساد؛ ليكون عملاً بالدليلين.

ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالىٰ: جَوَّزُوا هذه الإجارة؛ لمكان الضرورة والتعامل؛ لأن العجائز عسىٰ لا يجدن الأجرة، والعامل إذا كان له نصيب في المعمول، يجدُّ في العمل، ويُحْسِن النسج.

والصحيح: جواب الكتاب؛ لما ذكرنا: أن هذا في معنىٰ قفيز الطحان، وهو منهيٌّ عنه نصًّا.

آثار الإجارة الفاسدة

وإذا فسدت الإجارة، كان الثوب لصاحب الغزل؛ لأن الحائك نسجه من غزله بأمره، فللحائك أجر مثله؛ لأنه عمل بأجر، ولم يَسْلَم له المسمَّىٰ، وصاحب الثوب استوفىٰ منفعته بعقد فاسد، لكن لا يجاوز به قيمة المسمَّىٰ؛ لأن العامل رضي بمقدار مالية المسمَّىٰ، فلا يستحق الزيادة، إلَّا إذا كان الفساد لجهالة المسمَّىٰ، بأن جعل الأجر دابة، أو ثوبًا، فيكون للأجير[1] أجر مثله، بالغًا ما بلغ.

وكذا إذا آجر داره بعشرة دراهم، على أن يعمرها المستأجر، ويُؤَدِّي ثوابتها، فسدت الإجارة، [ويجب أجر المثل بالغًا ما بلغ].

وكذا لو آجر داره على أن لا يسكنها المستأجر، فسدت الإجارة، وإذا سكنها، يلزمه أجر المثل، بالغًا ما بلغ، ولا ينقصُ عن المسمَّىٰ.

---

(١) في ب (للمستأجر) وفي د (الأجر).

جهالة المعقود عليه

(رجل استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الدَّقيق اليوم كله بدرهم، فهو فاسد).

وقال أبو يوسف ومحمد: جائز.

لهما: أن المعقود عليه نفس العمل؛ لأنه هو المقصود، وذكر الوقت للتعجيل، حتى لو لم يفرغ اليوم، وفرغ في الغد، يستحق كل الأجر.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر العمل، إن دلَّ على أن المعقود عليه العمل، فذكر الوقت يَدُلُّ على أن المعقود عليه المنفعة، وكل واحد منهما يصلح معقودًا عليه في باب الإجارة، ألا ترىٰ أنه لو استأجر رجلاً ليخبز له اليوم، ولم يبين العدد، يجوز، ولو استأجر على أن يخبز له عشرة مخاتيم دقيق، ولم يذكر الوقت، يجوز أيضًا، فيثبت أن كل واحد منهما يصلح أن يكون معقودًا عليه، و[لا] يمكن الجمع بينهما؛ لأن العمل لو كان معقودًا عليه، لا يجب الأجر إلَّا بالعمل، ولو كانت المنفعة معقودًا عليها، يجب الأجر بتسليم النفس، فإذا تعذَّر الجمع بينمها، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، تعيَّن البطلان.

وروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أنه لو استأجر ليخبز له هذه العشرة مخاتيم في اليوم بدرهم، يجوز، ولو قال: اليوم، لا يجوز؛ لأنه إذا قال: في اليوم، والمظروف لا يشغل جميع الظرف، عرفنا أن مراده العمل، وذكر اليوم للاستعجال، بخلاف ما إذا قال: اليوم.

اشتراط منفعة مجهولة لرب الأرض على المستأجر

(وإن استأجر أرضًا على أن يكريها ويزرعها، أو يسقيها، فهو جائز، وإن شرط عليه أن يُثَنِّيها، أو يكري أنهارها، أو يسرقنها، كان فاسدًا).

والجملة فيه: أنه إذا شرط على المستأجر منفعةً مجهولةً لرب الأرض، تفسد الإجارة؛ لجهالة الأجر.

إذا ثبت هذا، نقول: منفعة الكراب، والزرع، والسقي، تعود إلى المستأجر خاصةً، فلا توجب فساد العقد.

ولو شرط عليه أن يَرُدَّها مكروبةً، وهو أحد تأويلي التثنية، فهذه منفعة تعود إلى صاحب الأرض، فيوجب فساد العقد، وكذلك منفعة إلقاء السرقين، والكراب مرتين، وهو أحد تأويلي التثنية، تعود إلى المستأجر وصاحب الأرض، فيوجب الفساد.

قيل: هذا في ديارهم، وفي كل موضع يخرج الأرض خارجًا تامًّا بالكراب مرةً، فأمَّا في كل موضع يحتاج إلى تكرار الكراب، وإلقاء السرقين، لا يفسد العقد.

وكذلك اشتراط كري الأنهار على المستأجر، يفسد العقد؛ لأن ذلك من باب التمكين من العمل، فيكون على الآجر، فإذا شرط على المستأجر، فقد شرط ذلك لنفسه مع الأجر المسمّىٰ.

الإجارة بأجر مجهول

(إذا استأجر ظئرًا بطعامها وكسوتها، جاز استحسانًا في قول أبي حنيفة، والقياس: أن لا يجوز: وهو قول أبي يوسف ومحمد).

لهما: أن هذه إجارة بأجر مجهول؛ لأن الطعام والكسوة مجهول الجنس والصفة، فلا يجوز؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من استأجر أجيرًا، فليعلمه أجره**»[1]؛ ولهذا لو استأجر أجيرًا بطعامه وكسوته، لا يجوز. [٢٠٠/ب]

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، وقال: «كذا رواه أبو حنيفة، وكذا في كتابي عن أبي هريرة، وقيل من وجه آخر ضعيف عن ابن مسعود رضي الله عنه» ١٢٠/٦؛ =

ولأبي حنيفة: أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة فيما بين الناس: التوسعة على الأَظْآر؛ شفقةً على الولد، وإعلام الأجر في ذلك يُعَدُّ من الدَّناءة، وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة، لا توجب فساد العقد، بخلاف سائر الأُجراء.

الإجارة بطعام معلوم مسمّى

(**فإن سَمَّىٰ للطعام دراهم، وسمّىٰ جنس الكسوة، وضرْبها، وذَرْعها، وأجلها، جاز إجماعًا**)، وإن سمّىٰ الطعام، جاز أيضًا.

ولم يشترط تأجيل الطعام؛ لأنه ثمن، كما لو اشترىٰ عينًا بمكيل أو موزون في الذمة، لكن يشترط بيان مكان الإيفاء في قول أبي حنيفة.

أما في الكسوة، فلا بُدَّ من بيان الأجل؛ لأن الثوب لا يصلح ثمنًا بحال، فلا يثبت [دَيْنًا] في الذِّمَّة إلَّا سَلَمًا، فإذا بَيَّنَ الأجل، يجوز عند الكل.

الإجارة بمقابلة المنفعة بجنسها

(**إذا آجر أرضه بِزراعة أرض أخرىٰ، أو آجر داره بسكنىٰ دار أخرىٰ، لا يجوز عندنا**)، خلافًا للشافعي، وعلى هذا الخلاف: إذا استأجر دابةً للركوب بركوب دابة أخرىٰ.

عندنا: لا يجوز مقابلة المنفعة بجنسها، وعنده يجوز، وبعضهم جعلوا هذه المسألة فرعًا لمسألة أخرىٰ، وهي أن الجنس بانفراده يحرم النَّسَاء عندنا، وعنده: لا يحرم.

حجته: أن المنفعة مالٌ يقبل التمليك ببدلٍ، فيجوز على كل حال؛ قياسًا على بيع العين.

= ورواه محمد بن الحسن في الآثار عن أبي حنيفة ...، عن أبي سعيد، وأبي هريرة به مرفوعًا، وأخرجه عبد الرزاق، وابن أبي شيبة مرفوعًا، وبلفظ آخر: أحمد، وأبو داود في المراسيل. انظر: الدراية ١٨٦/٢.

ولنا: أن الإجارة جُوِّزت بخلاف القياس؛ لمكان الحاجة، والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس، لا عند الاتِّحاد، وخدمة العبد والأَمَة جنسٌ واحدٌ.

فإن خدم أحدهما دون الآخر، في رواية: يجب أجر المثل، وفي رواية: لا يجب شيء.

إجارة الدار المشاعة

(إذا آجر نِصْف الدَّار مُشَاعًا، لا يجوز في قول أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه)، ولو آجَر من شريكه جاز عند الكل في ظاهر الرواية.

وكذلك لو آجَر الدار من رجلين، جاز عند الكل، فإن مات أحدهما، بطلت الإجارة في نصيبه، وتبقىٰ في نصيب الآخر عند الكل.

وكذا لو آجَر الدار من رجل، ثم تفاسخا الإجارة في النصف، بقيت في النصف الآخر.

فَرَّق أبو حنيفة بين الإجارة، والرهن، والهبة: إذا آجر من رجلين، أو رهن من رجلين، جاز، ولو وهب من رجلين مما يحتمل القسمة، لا يجوز عنده، ولو آجَر نصف الدار من شريكه، يجوز في قوله المشهور.

وهِبَةُ المُشَاع فيما يحتمل القسمة لشريكه أو لغير لشريكه، لا يجوز، ورهن المشاع لا يجوز من شريكه وغير شريكه، سواء احتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة عندنا، خلافًا للشافعي(١)، وجملة هذه المسائل تُعرَف في «المختلف».

جهالة المعقود عليه في الإجارة

(إذا [استأجر] أرضًا ولم يذكر أنه يزرعها، أو أيّ شيء يزرعها، فالإجارة فاسدةٌ)؛ لجهالة المعقود عليه جهالةً تفضي إلى المنازعة؛ لأن الأرض كما تستأجر للزِّراعة، تستأجر للغِراسة، ومن الحبوب ما يكون أكثر ضررًا بالأرض، فإن زرعها، فله ما سمّىٰ من الأجر؛ لأنه عاد جائزًا، وهذا استحسان.

---

(١) انظر: رحمة الأمة ص٣٤٩.

والقياس: أن لا يعود؛ لأنه وقع بصفة الفساد، فلا يتغير، كما لو اشترىٰ شيئًا بخمر أو خنزير.

وجه الاستحسان: أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة، على حسب حدوث المنفعة، والفساد كان لأجل الجهالة، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الساعة، كالارتفاع في وقت العقد، فيعود جائزًا.

وكذا لو استأجر ثوبًا لِلُّبْسِ، ولم يُعيِّن اللابس، لا يجوز؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس، فإن عيّن اللابس بعد ذلك، يعود جائزًا استحسانًا.

جهالة المنفعة في الإجارة

(وكذا لو استأجر حمارًا إلى بغداد بأجر معلوم، ولم يبين المنفعة، لا يجوز، فإن حمل عليه ما يحمل الناس عادةً، فنفق في بعض الطريق، لا ضمان عليه، وإن بلغ بغداد، فله المسمَّىٰ استحسانًا؛ لِمَا قلنا، وإن اختصما قبل أن يحمل عليه، ينقض القاضي العقد بينهما)؛ لأنه فاسدٌ ما لم يحمل عليه.

(ولو استأجر بيتًا، ولم يُسَمِّ شيئًا، فهو جائزٌ)؛ لأن البيت وُضِع للسكنىٰ، ويستأجر لذلك عادةً، والناس لا يتفاوتون في السكنىٰ، بخلاف الدابة، وهذا [٢٠٢/أ] استحسانٌ، والقياس: أن لا يجوز، كما في المسائل المتقدِّمة [من الأرض] ونحوها.

وإذا جاز استحسانًا، **(ليس له أن يقعد فيه قَصَّارًا، ولا حَدَّادًا، ولا طَحَّانًا)**؛ لأن العقد إنما كان جائزًا؛ لوقوعه على السكنىٰ من حيث الظاهر، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، ولو نصّ على السكنىٰ، لا يفعل شيئًا مما ذكرنا؛ لأنه يُوهِن البناء، ويُفسِده، فكذلك هاهنا.

المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا

ما يدخل في إجارة الأراضي الزراعية

(رجل استأجر أرضًا ليزرع، فله الشِّرْبُ والطريق وإن لم يشترط ذلك)، وكذلك لو استأجر دارًا، كان له الطريق من غير شرط.

فرق بين هذا وبين البيع: في البيع: لا يستحق الشِّرب والطريق إلَّا بالذكر، أو يقول: بحقوقها، أو بمَرَافِقها، أو بكل قليل هو له فيها ومنها من حقوقها.

والفرق: ما مرَّ في كتاب البيوع: أن الإجارة تَرِد على المنفعة، فيستحق كل ما لا يتهيَّأ الانتفاع إلَّا به، بخلاف البيع.

وكما لا يدخل الشِّرْب والطريق في البيع، لا يدخل فيه الزرع والثمر، ويدخل فيه الشجر؛ لأن الشجر داخلٌ في المحدود، متَّصِلٌ بالأرض اتصالَ قَرارٍ، فكان بمنزلة الأرض، والثمر والزرع لا قَرارَ له، فكان بمنزلة المقطوع من حيث الاعتبار.

فإن ذكر الحقوق والمَرَافِق، لا يدخل فيه الزرع والثمر؛ لأن الزرع والثمر ليس من حقوق الأرض، وعن أبي يوسف: الزرع والثمر يدخل في الحقوق والمَرَافِق.

ولو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها، يدخل فيه الزرع والثمر.

انقضت الإجارة وفي الأرض رَطبة

(إجارةٌ انقضت وفي الأرض رَطْبةٌ، فإنها تُقلَع، ولو انتهت مدة الإجارة وفي الأرض زرعٌ [لم يُدرِك]، لم يُقلَع؛ لأن الرطبة ليس لها غايةٌ معلومةٌ، فلو لم يُقلَع، يتضرَّر رب الأرض، أما الزرع له غايةٌ معلومةٌ، فيُؤخَّر بالأجر إلى أن يُدرِك؛ مراعاةً للحقَّيْن، إلَّا أن الإجارة إذا انتقضت بموت أحد المتعاقدين، وفيها زرع [لم يُدرِك]، يبقىٰ العقد بالمسمَّىٰ.

ولو انقضت مدة الإجارة، تبقىٰ بأجر المثل؛ لأن في الصورة الأولىٰ: الحاجة إلى إبقاء الإجارة، فتبقىٰ بما كان مسمَّىٰ في العقد، وفي الصورة الثانية: الحاجة إلى الانعقاد، وليس فيها تسميةٌ، فتنعقد بأجر المثل. [والله تعالىٰ أعلم بالصَّواب].

بَابُ
الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّيْئَيْنِ

المعقود عليه مجهول والبدل اللازم ليس بمعلوم

(رجل دفع إلى خيَّاطٍ ثوبًا، وقال: إن خِطْتَه اليوم، فلك درهم، وإن خِطْتَه غدًا، فلك نصف درهم، فخاطه اليوم، فله درهم، وإن خاطه غدًا، فله أجر المثل، لا ينقَصُ عن نصف درهم، ولا يُزاد على درهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان على ما قال).

والقياس: أن لا يجوز هذا العقد، وهو قول زفر وأبي حنيفة الأول، وذكر في كتاب المزارعة والإجارات، لو قال: إن خِطْتَه اليوم فلك درهم، وإن لم تفرغ منه اليوم، فلك نصف درهم، وأجاب كما ذكر هاهنا.

وجه القياس: أن المعقودَ عليه مجهولٌ، والبدل الذي يلزمه، ليس بمعلوم؛ لأنه خَيَّره بين العقدين، فلا يمكنه أن يطالب بأحدهما في الحال، فلا يجوز؛ لمكان الجهالة، كما [لو قال]: خِطْ هذا الثوب اليوم بدرهم، أو بنصف درهم، وكما لو باع عبدًا بألف إلى شهر، وبألفين إلى شهرين.

ولهما: أن هذه جهالةٌ لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن الأجر لا يجب قبل [إقامة] العمل، وعند ذلك ترتفع الجهالة، فلا تُفضي إلى المنازعة.

ولأبي حنيفة: أن الإجارة الأولىٰ جائزةٌ بالإجماع بيننا، وأنها باقيةٌ في اليوم الثاني، ألا ترىٰ أنه لو قال: خِطْتَه اليوم بدرهم، فخاطه غدًا، في رواية: يستحق الدرهم، وإذا ثبتت الإجارة في اليوم الثاني، على هذه الرواية: اجتمع في اليوم الثاني تسميتان: درهم، ونصف درهم، بخياطة واحدة، فلا يجوز.

أما اليوم الأول، فليس فيه إلَّا تسميةٌ واحدةٌ؛ ولهذا لو قال: استأجرتك غدًا لتخيطه بنصف درهم، فخاطه اليوم، لا يستحق شيئًا.

أو يُقال: بأنه علَّق انعقاد الإجارة الثانية بانفساخ الأولىٰ؛ لأنه لا يمكنه الخياطة في اليوم الثاني إلَّا بعد انفساخ الإجارة الأولىٰ، بمضي اليوم، وتعليق الإجارة بانفساخ إجارة أخرىٰ، باطلٌ، كما لو آجر داره من إنسان، ثم قال لغيره: إن انفسخت الإجارة بيننا، أجَرْتُ منك، فإنه لا يجوز، كذلك هاهنا. [٢٠١/ب]

أو نقول: عَلَّق البراءة على بعض الأجر، بتأخير العمل إلى الغد، ولو علَّق البَرَاءة عن كُلِّ الأجر، بأن قال: إن خِطْتَه غدًا فلا شيء لك، لا يصِحُّ، فكذا إذا علَّق البراءة عن البعض.

وإذا فسدت الإجارة في اليوم الثاني [عند أبي حنيفة] وخاطه [غدًا، في ظاهر الرواية]: عن أبي حنيفة: له أجر مثله، لا يُزاد على درهم، ولا يُنقَص عن نصف درهم، وذكر في «النوادر»: أنه لا يُزاد على نصف درهم، وينقص عن نصف درهم، وفي رواية أخرىٰ: لا يُزاد على درهم، ويُنقَص عن نصف درهم.

وجه رواية «النوادر»: أن الإجارة فسدت في اليوم الثاني، [فلا يُزاد على المُسمَّىٰ في اليوم الثاني]: وهو نصف درهم.

وجه ظاهر الرواية: أنه وجد هاهنا تسميتان: درهم، ونصف درهم، فيجب اعتبارهما في أجر المثل، فجعلنا الأكثر مانعًا من الزيادة، وجعلنا الأقلَّ مانعًا من النقصان.

وإن خاطه في اليوم الثالث، عند أبي حنيفة في رواية: يجب أجر المثل، لا يُزاد على نصف درهم؛ لِمَا قلنا في اليوم الثاني.

ولا يُقال: عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ينبغي أن يفسد العقد في اليوم الأول أيضًا؛ لأنه جمع بين الوقت والعمل في الذكر، ومثل هذا يوجب فساد العقد عنده، كما في المسائل المتقدِّمة؛ لأنا نقول: ذكر الوقت في اليوم الأول كان للتعجيل دون التوقيت، وبيان أن مقصوده العمل، بدليل التزام الأجر في اليوم الثاني بمقابلة العمل.

ولو قال: إن خِطْتَه روميةً، فلك درهم، وإن خِطْتَه فارسيةً، فلك نصف درهم، جاز العقدان عندنا؛ لأنَّه عَقَدَ عَقْدَيْن لم يتعلَّق أحدهما بالآخر؛ لأنه [بادر] في الحال أن يخيطه أيَّ خِياطةٍ شاء، بخلاف ما تقدَّم.

المعقود عليه مجهول
وكذلك البدل

(رجل استأجر بيتًا على أنه إن سكن فيه [فبدرهم، وإن أسكن فيه] عطارًا، فعليه نصف درهم، وإن أقعد فيه حَدَّادًا، فعليه درهم، فهو جائز، وهو قول أبي حنيفة الآخر، وفي قوله الأول: لا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وعلى هذا الخلاف: إذا استأجر دابةً إلى الحَيْرة، على أنه إن حمل عليها كُرَّ شعير فنصفُ درهم، وإن حمل عليها كُرَّ حنطةٍ فبدرهمين.

وإن استأجر دابةً إلى الحَيْرة بدرهم، وإلى القادسية بدرهمين، فهو جائز)، ولم يذكر فيه خلافًا، فيحتمل الاتفاق، ويحتمل الاختلاف.

لهما: أن المعقود عليه هاهنا مجهولٌ، وكذلك البدل؛ لأن الأجر يجب هاهنا بمجرد التسليم، وعند التسليم لا يدري أيّ الأجرين تجب، بخلاف خِياطة الرومية والفارسية، فإن ثمة لا يجب الأجر بدون العمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلومًا.

ولأبي حنيفة: أنَّه خيَّره بين عقدين صحيحين؛ لأن السكنىٰ وعمل الحدَّاد مختلفان، وسمّىٰ لكل واحد منهما بدلاً معلومًا، وكل واحد من العقدين جائزٌ عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع، والغالب هو الانتفاع، أما ترك العمل مع التمكُّن نادرٌ، فيبنىٰ الأمر على الغالب، ولو ترك الانتفاع حتىٰ وجب الأجر بالتمكُّن، يجب المُتَيَقَّن: وهو الأدنىٰ، ولا يُؤَدِّي إلى الجهالة.

وقال بعضهم: يجب الأقل، وينتصف الفضل. والله تعالىٰ أعلم.

***

بَابُ
المُسْتَأْجِرِ يَعْمَلُ بَعْضَ العَمَلِ، ومَا يَجِبُ لَهُ مِنَ الأَجْرِ

الأجر بمقابل النقل لا بقطع المسافة

(رجل استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة ويجيء بعياله، فذهب، فوجد بعضهم قد مات، فجاء بمن بقي، فله الأجر بحساب ذلك)؛ لأن الأجر مقابل نقل العيال، لا بقطع المسافة، بدليل: أنه لو ذهب ولم يجد أحدًا منهم، لا يستوجب شيئًا، فإذا نقل البعض، فقد أوفىٰ بعض العمل، فيلزمه حصته من الأجر.

ومعنىٰ المسألة: أن يكونوا معلومين.

(وإن استأجره ليذهب بكتابٍ له إلى فلان بالبصرة، ويجيء بجوابه، فذهب، فوجد فلانًا قد مات، فَرَدَّ الكتاب إلى المُرْسِلِ، فلا شيء له في قول أبي حنيفة، وقال محمد: له أجر الذهاب)، واختلفوا في قول أبي يوسف، [٢٠٣/أ] والأصح: أن قوله كقول أبي حنيفة.

وأجمعوا: على أنه لو ترك الكتاب ثَمَّةَ ولم يَرُدَّه إلى المُرْسِلِ، يستحق أجر الذهاب.

وأجمعوا: على أنه لو ذهب إلى البصرة، ولم يحمل الكتاب، لا يستحق شيئًا.

وأجمعوا: على أنه لو استأجر رسولاً ليُبلِّغ رسالته إلى فلان بالبصرة، فذهب ولم يجد فلانًا، يستحق الأجر.

وجه قول محمد: أن الأجر مقابل قطع المسافة مع الكتاب، لا بحمل الكتاب؛ لأن حمل الكتاب [لِيُسْره وخِفَّته][(١)]، لا يقابل به الأجر، (**وقطع المسافة في الطريق وَقَعَ للمستأجر في الذهاب**)[(٢)]، ولم يَقَعْ في العود، فيلزمه أجر الذهاب، كما لو ترك الكتاب ثَمَّة ولم يُرَدَّه.

ولهما: أن المقصود إيصال الكتاب، وقطع المسافة وسيلةٌ، والأجر يقابل المقصود دون الوسيلة، وإذا رجع بالكتاب[(٣)]، فقد نقض عمله قبل التسليم، فيبطل الأجر: كالخيَّاط إذا فَتَقَ الخِياطة قبل التسليم، بخلاف ما إذا ترك الكتاب ثمّة؛ لأنه أتىٰ بما في وُسْعه وإمكانه، ولم ينقض العمل، هذا إذا وجد فلانًا ميتًا.

فإنْ وجده غائبًا، لم يذكر في الكتاب، قالوا: هو على هذا الخلاف أيضًا.

الأجر لا يكون إلا بمشقَّة

(ذكر في باب إجارة الدواب من «المبسوط»: إذا تكارىٰ غلامًا ليذهب بكتاب إلى فلان إلى بغداد، فأقام الغلام بينةً أنه أتىٰ بغداد، فلم يجد الرجل، قال: إن كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتي بالجواب، فله أجر حصة الذهاب دون الرجوع؛ لأنه في الرجوع غير متمثِّل أمرَه، وإن عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل، فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له أجر الذهاب)[(٤)].

(**وإن استأجره ليذهب بطعام بعينه له إلى فلان بالبصرة، فذهب فوجد فلانًا ميتًا، فردَّه، فلا أجر له في قولهم جميعًا**)، أما عندهما: فلما ذكرنا.

ومحمد فَرَّق بين هذا وبين نقل الكتاب، ووجه الفرق: أن حمل الطعام لا يكون إلَّا بمشقة، فتقابل به الأجر، فإذا ردّه، فقد نقض المعقود عليه، بخلاف نقل الكتاب.

---

(١) العبارة في أ (لأن مؤونة حمل الكتاب يسيرةٌ وخفيفةٌ)، والمثبت من ب، د.

(٢) في ب، د (وقطع المسافة في الذهاب وقع للمستأجر).

(٣) في ب، د (فإذا رَدَّ الكتاب).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

بَابُ
إِجَارَةِ العَبْدِ

جواز تصرفات العبد المحجور فيما تمحض منفعة

(رجل استأجر عبدًا محجورًا عليه شهرًا، فعمل، فأعطاه الأجر، فهو جائزٌ، وليس للمستأجر أن يستردَّ الأجر منه).

والقياس: أن لا يجب الأجر؛ لأن عقد المحجور عليه باطلٌ، والأجر لا يجب في الإجارة الباطلة، ولهذا لو هلك العبد، لا يجب الأجر؛ ولأن المستأجر [باستئجار][(١)] العبد، صار غاصِبًا ضامنًا، والأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وجه الاستحسان: أن العبد محجورٌ عن التصرُّفات الضارَّة، أو الدائرة بين النفع والضرر، أما ما تمحض منفعةً، فهو مأذونٌ فيه؛ ولهذا يملك قبول الهبة، والإجارة في الابتداء دائرةٌ بين النفع والضرر، أما إذا فرغ من العمل سليمًا، فجواز الإجارة تَتَمَحَّض منفعةً ونظرًا، حتى يجب الأجر، بخلاف ما إذا هلك من العمل؛ لأنه لو جازت الإجارة، بطل ضمان العين، وضمان العين أكثر من ضمان المنفعة، فكان نظر المولىٰ في بطلان الإجارة.

وكذا الصبي المحجور إذا آجَرَ نفسه، وسلم من العمل، كان له الأجر؛ لأنه غير محجور عما ينفعه؛ ولهذا يملك قبول الهبة، وجواز الإجارة بعد الفراغ من العمل، محضُ منفعةٍ.

---

(١) في أ (باستعمال)، والمثبت من ب، د.

غصب عبدًا، وأخذ أجرة العبد وأكله

(رجل غصب عبدًا، فآجر العبد نفسه، فأخذ الغاصب الأجر وأكله، لا ضمان عليه، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن، وإن كان الأجر قائمًا في يد الغاصب، يأخذه المولىٰ، ويجوز للعبد قبض الأجرة في قولهم جميعًا).

لهما: أن الكسب ملك المولىٰ، فإذا أتلفه الغاصب بغير إذنه، يَضْمَن.

ولأبي حنيفة: أن الأجر بدل المنفعة، وحكم البدل يتعرَّف من الأصل، ولو أتلف المنفعة، لا يضمَن، وإن كان المغصوب منه أحق بها منه، وعدم الضمان لعدم الأجر، فكذا إذا أتلف البدل؛ ولهذا لو آجره الغاصب، كان الأجر له، ولا ضمان عليه، وإن وجده في يد الغاصب يأخذه؛ لأنه بدل ملكه، ويجوز قبض العبد أيضًا؛ لأنه هو العاقد.

وكذا البائع إذا أتلف كسب المبيع قبل التسليم إلى المشتري، لا يضمَن في قول أبي حنيفة.

(رجل استأجر عبدًا هذين الشهرين: شهرًا بأربعةٍ، وشهرًا بخمسةٍ، فالأوَّل منهما[1] بأربعةٍ، والشهر الثاني بخمسةٍ)؛ لأنّه لما قال: شهرًا بأربعة، انصرف إلى ما يلي الإيجاب، فتعيَّن الأجر الثاني للشهر الثاني. [٢٠٢/ب]

الحال يصلح دليلاً لترجيح أحد الاحتمالين

(رجل استأجر عبدًا شهرًا بدرهمين، وقبضه، ثم جاء آخر الشهر، والعبد مريضٌ، أو آبِقٌ، فقال المستأجر: مرض أو أبَق حين قبضتُه[2]، وقال مولىٰ العبد: لم يكن ذلك إلَّا الساعة، فالقول: قول المستأجر، ولو كان صحيحًا في الحال غير آبق، فالقول: قول صاحب العبد)؛ لأن الحال يَصْلح دليلاً لترجيح أحد المحتملين إذا لم يكن ثمّة دليلٌ فوقه.

---

(١) في ب (فالشهور الأُوَّل بأربعة)، وفي د (فالشهر الأوَّل بأربعة).

(٢) في ب، د (أخذته).

[كَمَا] لو وقع الاختلاف بين رَبِّ الطاحونة والمستأجر في جَرَيان الماء وانقطاعه، يُجعَل الحالُ حكمًا، فمَنْ شهد له الظاهر، يجعل مُنْكِرًا، ويجعل خصمه مُدَّعِيًا.

ففي [الفصل] الأول: الظاهر شاهدٌ للمستأجر؛ لأنه في الحال مريضٌ أو آبق، فكان التمكُّن من الانتفاع فائتًا، والآجِرُ يَدَّعِي أنه كان متمكِّنًا، فيكون القول: قول المستأجر.

وفي الفصل الثاني: التمكُّن من الانتفاع ثابتٌ في الحال، والمستأجر يَدَّعِي فوات التَّمَكُّن، والآجِرُ يُنْكِرُ، فيكون القول: قول الآجر.

بَابُ
الخِلَافِ فِي الإِجَارَةِ(١)

هلاك الدابة بعد مجاوزة المسافة والرجوع

(رجل استأجر دابةً إلى الحِيْرَةِ، فجاوز بها إلى القَادِسِيَّةِ، ثم رَدَّها إلى الحِيْرَةِ، فنفقت، فهو ضامن، وكذلك العارية)، وهذا قوله الآخر، وهو قول صاحبيه، وكان يقول أولاً: لا ضمان عليه.

من المشايخ مَنْ حمل قوله الأول: على ما إذا استأجره ذاهبًا وجائيًا، وحمل قوله الآخر: على ما إذا استأجره ذاهبًا لا جائيًا، وهكذا روىٰ ابن سماعة عن محمد: [لأنَّه] إذا استأجره ذاهبًا وجائيًا، كانت يده في الرجوع بمنزلة يد المالك ويد المودع، بخلاف ما إذا استأجره ذاهبًا لا جائيًا.

ومنهم مَنْ قال: لا يبرَأُ عن الضمان في قوله الآخر في الفصلين.

وجه قوله الأول: أنه أمينٌ عاد إلى الوِفاق، فيبرَأُ عن الضمان، كالمُوْدَعِ.

وجه قوله الآخر: أن في الإجارة والإعارة لم يثبت الأمر باليد نصًّا، وإنما ثبت ضرورة التمكُّن من الانتفاع، فلا يظهر في حق البراءة عن الضمان [الواجب]، بخلاف الوديعة؛ لأن الأمر باليد والحفظ يثبت نصًّا، فصار بمنزلة المالك.

---

(١) العنوان في نسختي الجامع هنا: (باب ما يضمن المستأجر وما لا يضمن فيما يخالف).

ثم في هذه الرواية، سوّىٰ بين الإجارة والإعارة، وذكر القدوري: أن المستعير لا يبرَأُ عن الضمان بالعود إلى المكان المشروط، روايةٌ واحدةٌ، وفي المستأجر روايتان.

ووجه الفرق بين الإجارة والإعارة: أن منفعة الإعارة تعود إلى المستعير، فكانت يده يد نفسه، فأما في الإجارة، معظمُ المنفعة يعود إلى الآجر؛ لأن بالإجارة والتسليم تصير المنفعة عينًا له، والعين خيرٌ من المنفعة.

وذكر في الإجارات: إذا استأجرت المرأة ثوب ضيافة لتلبسه أيامًا، فلبست بالليل، تصير ضامنةً، ثم إذا جاء النهار برئت عن الضمان.

من المشايخ مَنْ تَكَلَّفَ الفرق بين المسألتين، ومنهم من حمل ذلك على قوله الأول: وهو الصحيح.

نفقت الدابة بعد تغيير السرج بسرج، أو بإكاف

(رجل اكترىٰ حمارًا بسَرْج، فنزع ذلك السَّرْج، وأسرجه بسرج آخر يُسرج بمثله الحُمُر، فنفقت، لا يضمن)؛ لأنه لا فرق بين الأول والثاني، فالإذن بالأول، يكون إذنًا بالثاني، وكذا إذا كان الثاني أخفَّ من الأول.

(فإن نزع السَّرج وأوكفه بإكاف يُؤكَف بمثله، ضمن، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن بحسابه)، حتى لو كان ثِقل الإكاف ضِعف ثِقل السَّرج، يضمن نصف قيمة الدابة.

ومنهم من قدّر ذلك بالمساحة، حتى لو كان السَّرج يأخذ من ظهر الدابة قَدْرَ شِبرين، والإكاف قَدْرَ أربعة أشبار، يضمن نصف القيمة، وذكر هذه المسألة في كتاب الإجارات، وقال: يضمن بقَدْرِ ما زاد، ولم يذكر فيه خِلافًا.

من المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان عن أبي حنيفة، ولكن ذكر هاهنا مجملاً، وقال: يضمن، وذكر في الإجارات مُفَسَّرًا: أنه يضمن بقدر ما زاد الثِّقل، فيُحمَل المُجْمَلُ على المُفَسَّرِ.

ومنهم مَنْ قال: لا، بل في المسألة روايتان عن أبي حنيفة: على رواية هذا الكتاب: يضمن جميع القيمة، وعلى رواية الإجارات ـ وهو قولهما ـ: يضمن بقدر ما زاد، وهوا لأظهر؛ لأنه ذكر الضمان مطلقًا، والمطلق ينصرف إلى الكل.

لهما: أنه إذا أوكفه بإكاف يُؤكَف بمثله، فالتفاوت بينه وبين السَّرج من حيث القدر، فيضمن قدر الزيادة، كما لو أسرجه بسرجٍ أثقلَ من الأول، وكما لو استأجره ليحمل عليه عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر.

[١٨٥/أ مكرر] ولأبي حنيفة: أن السرج مع الإكاف جنسان مختلفان؛ لأن السَّرج يستعمل لِمَا لا يستعمل له الإكاف، والإكاف يأخذ من ظهر الدابة ما لا يأخذ السَّرج، وعند اختلاف الجنس، يضمن جميع القيمة، كما لو استأجره ليحمل عليها حنطةً، فحمل عليها تِبْنًا أو قَصَبًا، فإنه يضمن جميع القيمة، وكما لو أوكفه بإكاف لا يُؤكَف بمثله، يضمن جميع القيمة.

وإن استأجره بإكاف، فنزع ذلك وأوكفه بإكاف آخر مثله، أو أسرجه مكان الإكاف، لا يضمن؛ لأن السَّرج أخفُّ عليها من الإكاف، فلا يُعَدُّ خلافًا، كما لو حمل مكان الحنطة شعيرًا.

استأجر حمارًا عريانًا فأسرجه وركب

وإن استأجر حمارًا عريانًا، فأسرجه وركب، يضمن.

قالوا: هذا على وجهين: أما إن استأجره إلى مكان لا يركب إلى ذلك المكان عريانًا [من غير سَرْج]، كما لو استأجره من بلد إلى بلد، أو استأجره إلى مكان يركب إلى ذلك المكان من غير سرج، كما لو استأجره [ليركب] من محلة إلى محلة.

ففي الوجه الأول: لا يضمن؛ لأن الثابت عرفًا، كالثابت شرطًا، فكان إذنًا له عرفًا.

وأما الوجه الثاني: فهو على وجهين: إن كان الراكب من ذوي الهيئات والأشراف فكذلك، وإن كان من العوام الذين يركبون عريانًا في المصر، ضمن؛ لأنه لم يوجد الإذن في حقه دلالةً.

وإذا ضمن، يضمن جميع القيمة، أو بقدر ما زاد؟ اختلفوا فيه، والصحيح: أنه يضمن جميع القيمة؛ لأنه ذكر الضمان مطلقًا، فينصرف إلى الكل.

ووجه ذلك: أنه خالف صورةً ومعنًى، أما صورةً فظاهر، وأما معنًى؛ فلأن ثقل السَّرج وثِقل الراكب يجتمع في مكان واحد، فتتضرَّر الدابة.

ما لا يفيد من الشروط لا يعتبر

(**رجل استأجر حَمَّالاً ليحمل له متاعًا في طريق كذا، فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس، فهلك، لا ضمان عليه، وإن بلغ فله الأجر**)، وكذا إذا استأجر دابة ليحمل عليها [متاعًا] معلومًا إلى مكان كذا في طريق كذا، فأخذ في طريق آخر، فهلكت الدابة، لا ضمان عليه؛ لأن ما لا يفيد من الشروط، لا يعتبر، وإذا لم يكن بينهما تفاوتٌ، لا يفيد التعيين، حتى لو كان الطريق الثاني مَخُوْفًا، أو طريقًا لا يسلكه الناس، ضمن؛ لأنه مفيد.

وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس، ضمن؛ لأن الغالب في البحر هو الهلاك، روي عن ابن عباس رضي الله عنه [أنه قال: كان العباس[1] إذا دفع مالاً مضاربةً، شرط عليه أن لا يركب البحر، وأن لا ينزل واديًا، فإن ركب البحر وَسَلِمَ، فله الأجر؛ لأن المقصود حصل، فلا يعتبر الخلاف.

استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة

(**رجل استأجر أرضًا ليزرعها حنطةً، فزرعها رطبةً، يضمن قدر ما تنقصها الرطبة**)؛ لأن زِراعة الرطبة أضرُّ بالأرض من زِراعة الحنطة، فيصير غَاصِبًا ضَامنًا، والأجر مع الضمان لا يجتمعان، فيضمن قدر النقصان.

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١/ ٢٣١؛ وابن عدي في الكامل ٣/ ١٨٩.

دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم فخاطه قباءً

(رجل دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قَبَاءً[١]، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء أخذ القَبَاء وأعطاه أجر مثله، لا يجاوز به ما سمّىٰ، وإن شاء ترك الثوب عليه، وضَمَّنَه قيمة الثوب).

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يترك الثوب، ويُضمِّنه القيمة، وليس له أن يأخذ القباء.

وجه تلك الرواية: أنَّه لَمَّا خالف، صار غاصِبًا، فينقطع حق المالك بالخياطة، فلا يكون له أن يأخذ الثوب.

وجه ظاهر الرواية: أن الخياط موافقٌ من وجه، مخالفٌ من وجه، أما الخلاف فظاهر، وأما الوِفاق؛ فلأن القَبَاء يشبه القميص من حيث إنَّ له كُمَّان [ودِخْرِيص][٢]، فإن شاء مال إلى جانب الخِلاف، وضَمَّنَه القيمة، وإن شاء مال إلى جانب الوِفاق، وأخذ القباء، وأعطاه الأجر، لا يجاوز به ما سمّىٰ؛ لأن الخياط رضي بالمسمّىٰ، فلا يستحق الزيادة، ولا يلزمه المسمّىٰ؛ لأن صاحب الثوب إنما التزم المسمّىٰ عند حصول المقصود من كل وجه.

❊❊❊

(١) «القَبَاءُ: ثوب يُلبَس فوق الثِّياب أو القميص، ويُتمنطق عليه»، المعجم الوسيط (قبا).
(٢) «دِخْرِيص القميص: ما يوسّع به من الشُّعَب»، المغرب (دخرص).

بَابُ
جِنَايَةِ المُسْتَأْجِرِ

الأجير المشترك ضامن لِمَا جَنَتْ يده

(رجل استأجر رجلاً ليحمل له دَنًّا من الفرات بقيراط إلى منزله، فوقع في بعض الطريق، فانكسر، فالمالك بالخيار: إن شاء ضَمَّنَه قيمته في المكان الذي حمله، ولا أجر له، وإن شاء ضَمَّنَه قيمته في المكان الذي انكسر فيه، وأعطاه من الأجر بحسابه).

وأصل هذا: **(أن الأجير المشترك ضامنٌ لما جَنَتْ يده عندنا، إلَّا الفَصَّاد، والبَزَّاغ، والحَجَّام)**، وقال زفر الشافعي: لا يضمن[1].

لهما: أن التلف حصل بفعلٍ هو مأذونٌ فيه، فلا يضمن، كأجير الواحد. [١٨٥/ب مكرر]

ولنا: أن الداخل تحت الإذن: العمل السليم، دون المَعيب؛ لأن المعاوضة تقتضي السلامة عن العيوب، فيضمن، بخلاف أجير الواحد؛ لأنه مانعٌ منفعتَه في الوقت الذي عَيَّنَه، ولا خلل في المنفعة، بقي الإذن بالعمل مطلقًا، فلا يتقيَّد بشرط السلامة، بخلاف الفَصَّاد ونحوه؛ لأن التَّحرُّز عن السِّرَاية ليس في وُسْعه، فكان المستحق عليه أصل الجَرْح، أما التَّحرُّز عن الخَرْق عند الدَّقّ ونحوه في وُسْع البشر، فيصح التزامه بالعقد.

---

(١) انظر: رحمة الأمة ص٣٤٦.

إذا ثبت هذا، نقول: الحَمَّال أجيرٌ مشتركٌ، فإذا عثر فانكسر المتاع، فإنما عثر لِحَذْفه في المشي، فكانت جنايةً، وكذا إذا وقع منه فانكسر؛ لأنه إنما سقط منه لسوء حفظه وإمساكه، وإنما يُخيَّر صاحب الدَّنِّ في التضمين؛ لأن الصفقة تفرقت على المستأجر قبل حصول المقصود، فيثبت له حق الفسخ، فإن شاء تجوّز به، وضَمَّنَه قيمته محمولاً إلى المكان الذي انكسر فيه، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك، وإن شاء فسخ العقد، وضَمَّنَه قيمته غير محمول، ولا أجر عليه، هذا إذا انكسر بجنايته.

فإن رجمه الناس، فانكسر، لا ضمان عليه؛ لانعدام الجناية، وله الأجر بقدر ما حمل[1]؛ لأنه أوفىٰ بعض العمل، وسَلَّمه إليه.

قال: وكل أجيرٍ مشتركٍ، ضامنٌ لما جَنَتْ يده، خالف أو لم يخالف، وقد ذكرنا.

(**وما هلك في يده بغير صُنْعه، لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه ضمان ما هلك في يده، إلَّا إذا هلك بسبب لا يمكن التَّحرُّز عنه**)، كالحَرْقِ الغالب، والغَرْق [الغالب ونحوه].

هما احتجَّا بما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما: «**أنهما كانا يُضَمِّنَان الأجير المشترك**»[2]؛ ولأن الاحتياط في إيجاب الضمان؛ كيلا يتهاون في الحفظ.

---

(١) في ب (ما عمل).

(٢) أورده الزيلعي عن البيهقي والدارقطني بطرق، وفي بعض رواته مقالٌ. انظر: نصب الراية ٤/١٤١.

ولأبي حنيفة: أنه أمينٌ، فلا يضمن، كالمودَع والمستعير، وما قالا من الاحتياط في إيجاب الضمان، قلنا فيه: ترك النظر بجانب الأمين، فلا يجوز.

فإن شرط عليه الضمان في العقد: بأن شرط عليه ضمان ما هلك في يده بسبب لا يمكن الاحتراز عنه، كالموت، فسدت الإجارة في قولهم؛ لأنه شرط [شرطًا] يُخالف مقتضىٰ العقد، ولأحد المتعاقدين فيه فائدةٌ.

وإن شرط عليه ضمان ما هلك في يده بسبب يمكن الاحتراز عنه، كالسرقة ونحوها، فكذلك عند أبي حنيفة؛ لأن هذا شرط [لا] يقتضيه العقد عنده، فيفُسد العقد، وعندهما: يَصِحُّ الشرط والعقد؛ لأن عندهما: هذا الحكم ثابتٌ بدون الشرط، فالشرط لا يزيده إلَّا وِكادةً.

احترق الخبز في يدي الخباز الأجير

(**رجل استأجر رجلاً ليخبز له، فلما أخرج الخبز من التنُّور، احترق لا بفعله، كان له الأجر، ولا ضمان عليه**)؛ لأنه هلك لا بصُنعه، وقد أوفىٰ عمله، فيجب الأجر، وهذا إذا خبز في بيت المستأجر.

فإن لم يكن في بيته، فاحترق، لا أجر له؛ لأنَّه إذا كان في بيته، كان الكل في يده، فكلَّما فرغ من العمل، يصير مُسَلَّمًا إليه، أما إذا خبز خارج البيت، فالعمل لا يصير مسلَّمًا إلَّا بتسليم الخبز، ولم يُوجَد، وبدون التسليم لا يجب الأجر.

وإن احترق الخبز في التنُّور قبل الإخراج، لا أجر له على كل حال؛ لأن الخبز قبل الإخراج، لا يصير منتفعًا به، ولا يَتمُّ العمل، بخلاف الخيَّاط إذا خاطه في منزل رب الثوب، فهلك الثوب بعدما خاط بعضه، يستحق حصته من الأجر؛ لأن قدر ما خاط منتفعٌ به.

قَصَّار حَبَسَ ثوبًا بالأجر

(قَصَّار حَبَسَ ثوبًا بالأجر، له ذلك، فإن ضاع في يده، لا ضمان عليه، ولا أجر له)، وقال زفر: ليس له [حق الحبس].

وأجمعوا: على أنه إذا لم يكن لعمله أثرٌ في العين، كالحمل والغَسْل ونحوه، لا يستحق الحبس بالأجر.

وجه قوله: أنَّه سَلَّم له العمل ضرورة اتصاله بملكه اتصالاً لا يقبل الفصل، ومثله يُعَدُّ تسليمًا، ألا ترىٰ أن من استقرض حنطةً، وأمر المُقرِضَ أن يزرعها في أرضه، ففعل، يصير المستقرض قابضًا، وبعدما سَلَّم العمل برضاه لا يستحق الحبس، كالبائع إذا سَلَّم المبيع إلى المشتري برضاه قبل نقد الثمن.

[٢٠٤/أ] **ولنا**: أن الحادث في الثوب، مبيعٌ يحتمل الحبس بحبس الأصل، فيستحق حبسه بالبدل الذي يقابله، كما في بيع العين.

وقوله: بأن المبيع صار مسلَّمًا إلى المشتري. قلنا: العامل قصد إقامة العمل دون التسليم، فلا يُجعَل ذلك تسليمًا، ولئن كان تسليمًا، فهو تسليمٌ عن اضطرار، فلا يبطل حق الحبس، كما لو سلَّم مُكْرَهًا.

وإذا هلك في يده بعد الحبس، على قول زفر: يُضَمَّنُ قيمته معمولاً، وعليه الأجر؛ لأنه صار غاصبًا بالحبس، وعندنا: لا أجر له على صاحب الثوب؛ لأن العقد قد انفسخ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم، ولا ضمان في قول أبي حنيفة؛ لأنه مُحِقٌّ في الحبس، فكان الحال بعد الحبس كالحال قبله، فلو هلك قبل الحبس، عند أبي حنيفة: لا يضمن.

وعلى قولهما: إن هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه، لا يضمن، وإن هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه، يضمن، فكذا إذا هلك بعد الحبس.

حبس الحمال والغسال بالأجر

وأما الحَمَّالُ والغَسَّالُ، وكل من ليس لعمله أثرٌ في العين، لا يحبسه بالأجر؛ لأن عمله قد تلاشىٰ، وليس لعمله أثرٌ قائمٌ في الثوب، حتى يُجعَل بقاء الأثر كبقاء العمل، فلا يكون له حق الحبس، فإن حبس وهلك في يده، كان غاصِبًا ضامنًا.

لا يلزم على هذا الآبق، فإنه يُحبَس بالجُعْل، وإن لم يكن لعمله أثرٌ في العين؛ لأن ماليته صارت على شَرْف الهلاك بالإباق، فإذا رَدَّه، صار كأنه أحياه، وملكه ملكًا مبتدأً، أما هنا: العين كان قائمًا، لم يكن على شَرْف الهلاك، فلا يكون له حق الحبس.

وأما القَصَّار إذا قصر الثوب، فإن ظهر أثر عمله في الثوب باستعمال النَّشَاسجة، والدَّقَاق، كان له حق الحبس، وإن لم يكن عمله إلَّا إزالة الدَّرَن، اختلفوا فيه، والأصح: أنَّ له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستترًا، وإنما ظهر بفعله، فكان له حق الحبس.

بَابُ
مَسَائِلَ لَمْ تَدْخُلْ فِيْ الأَبْوَابِ

استأجر أرضًا فأحرق الحصائد، فاحترق شيء في أرض الجار

(رجل استأجر أرضًا، أو استعار، فأحرق الحصائد، فاحترق شيء آخر في أرض أخرىٰ لقوم آخرين، لا يضمن)؛ لأنه لم يُباشِر علة التلف، وإنما حصل الشرط لا على وجه التعدِّي؛ لأنه لولا إحراقه الحصائد، وإلَّا لما احترق، ومحصل الشرط: إذا لم يكن متعديًّا، لا يكون ضامنًا، كمن حفر بئرًا في دار نفسه، فوقع فيها إنسان، فمات، حتى لو كان متعدِّيًا بأن سقاه سقيًا لا تحتمله الأرض، فتعدىٰ إلى أرض جاره، يضمن؛ لأنه لم يكن منتفعًا بملكه فيما فعله، بل كان متعدِّيًا.

استأجر رَحًى فردها على المؤاجر بعد انتهاء الإجارة

(رجل استأجر رَحًى، فانقضت الإجارة، فَرَدُّها على المُؤاجِر، وإن كانت عاريةً، فَرَدُّها على المستعير)؛ لأن الرد بعض القبض، فيجب على من وقع القبض له، ومنفعة القبض في الإجارة تعود إلى الآجِرِ؛ لما ذكرنا: أن حقه يتأكَّد في العين: وهو الأجرة، وحق المستأجر يتأكَّد في المنفعة، والعين خيرٌ من المنفعة، فكانت منفعة الأجر أكبر، أما منفعة الإعارة تعود إلى المستعير، فكان الرد عليه.

وإن استأجر دارًا بخدمة عبد، كان ردُّ العبد على مالكه؛ لأن مَؤُوْنَة الملك تكون على المالك، إلَّا إذا كانت المنفعة لغيره من كل وجه، كما في الإعارة، فإذا كانت الأجرة منفعةً، فقبض كل واحد من العاقدين، حصل لنفسه من وجه، ولصاحبه من وجه، فلا يترجَّح أحدهما بإيجاب المَؤُوْنة، فتبقىٰ المَؤُوْنَة على ما كانت قبل العقد، وقبل العقد كانت المَؤُوْنة على المالك، فتبقىٰ بعد العقد كذلك.

أما إذا كان أحد البدلين عينًا، والآخر منفعةُ، كانت المَؤُوْنة على من يستفيد العين؛ لأن منفعته أكثر.

ورَدُّ الوديعة تكون على صاحبها؛ لأن منفعة القبض: هو الحفظ، تعود إلى صاحبها.

ورَدُّ الرَّهْن يكون على الراهن؛ لأن الرهن إذا اتصل به الفِكَاك، يصير بمنزلة الوديعة.

ورَدُّ الغصب يكون على الغاصب؛ لأن قبضه لم يقع للمالك.

(**خَيَّاط أو صَبَّاغ، أقعد في حانوته رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف، جاز**)، وإن كان الأجر مجهولاً؛ لأنَّ هذه شركة، وليست بإجارة، ورأس المال فيها: العمل، وتسمىٰ: هذه شركةُ الوجوه، وهي جائزةٌ عندنا، والمسألة في كتاب الشركة.

أجرة الدار عند انتهاء المدة

(**رجل استأجر بيتًا شهرًا بدرهم، فكلما أسكن يومًا، فعليه من الأجر بحسابه، وكذلك في كراء الإبل إلى مكة، وإجارة الأرض**).

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: في الكراء إلى مكة، وكل من يحمل شيئًا على ظهره أو دابته، لا يستحق شيئًا، [حتى يرجع من مكَّة] ويُسلِّمه مفروغًا، وهو قول زفر، وفي إجارة الأرض والدار: لا أجر له، حتى تنتهي المدة. [٢٠٣/ب]

ثم رجع وقال: كُلَّما سار مسيرةً، له من الأجر شيءٌ معلومٌ، فله أن يأخذه بذلك، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجه قوله الأول: أن المقصود يتعلق بالفراغ، فلا يجب الأجر قبل حصول المقصود، كما لو استأجر خياطًا، لا يجب الأجر قبل الفراغ من العمل، وكذلك كل صانع لعمله أثرٌ في العين، يحبس بالأجرة، فإنه لا يستحق الأجر بالإجماع، حتى يُسَلِّمَه مفروغًا.

ولهما في ذلك ـ وهو قول أبي حنيفة الآخر ـ وجهان:

أحدهما: أن تسليم العمل الذي لا أثر له، وتسليم المنفعة، لا يتصوَّر جملةً؛ لأنها كما تُوجَد تتلاشىٰ، وإنما يتصوَّر تسليمُها شيئًا فشيئًا، فيجب تسليم الأجر كذلك، إلَّا أن استيفاء الأجرة وتسليم الأجر ساعةً فساعةً متعذِّرٌ؛ لأنه لو اشتغل بذلك، لا يتفرَّغ لعمل آخر.

ففي قطع المسافة: قَدَّرَه الكرخي: بالمنازل، والمراحل، وفي إجارة البيوت والأراضي: قَدَّرَه بالأيام؛ لأنه لا حرج فيه.

والوجه الثاني: أن مبنىٰ المعاوضة على المساواة، فإذا صار أحد العوضين مسلَّمًا منتفعًا به، وجب أن يصير الأجر كذلك، إلَّا فيما فيه ضرورةٌ، وفي مراعاة الخُطُوات والساعات ضرورةٌ، ولا ضرورةَ في الأيام والمراحل.

ولهذا لو استأجر خياطًا ليخيط له في منزله، فكلَّما عمل عملاً يستحق الأجرة بقدره، أما إذا خاط في غير منزله، أمكن إبقاء العمل ببقاء الأثر، فيجب كل الأجرة عند التسليم.

الكفالة بالحملان لمن اكترى إبلاً بغير أعيانها

(**رجل اكترىٰ إبلاً بغير أعيانها إلى مكة، فكفل له رجل بالحملان، أي: بالحمل، فهو جائز، وله أن يأخذ بالحملان أيهما شاء**)؛ لأنه كفل بما يجري فيه النيابة، فيكون قادرًا على إيفاء ما التزمه بالكفالة، فيصح، وكان له أن يأخذ أيهما شاء بالحملان.

وإن كانت الإبل بأعيانها، فكفل بالحملان، لا يصح؛ لأن المستحق الحمل على دابة بعينها، والكفيل لا يقدر على ذلك؛ لأن بالكفالة لا يثبت له ولاية التَّصرُّف في مال[1] الغير، فإذا كفل بما لا يقدر على إيفائه، لا يصح، كما لو كفل بمال بشرط أن يُؤدِّي ذلك من مال الأصيل.

وإن كفل بنفس[2] الإبل، جازت الكفالة، ويُؤخَذ به؛ لأن تسليم الإبل صار مستحقًا على صاحب الدابة بحكم العقد، وذلك يتصوَّر من الكفيل من غير أن يكون متصرِّفًا في ملك الغير، بأن أعلمه بمكان الإبل، بمنزلة الكفالة بنفس الرجل.

(**وكذا لو استأجر عبدًا للخدمة، فكفل بخدمته، لا يجوز**)، وإن كفل بنفس العبد، جازت الكفالة؛ لِمَا قلنا.

***

(١) في ب (ملك الغير).

(٢) في ب (بتعيين).

كِتَابُ المُكَاتَب

بَابُ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ

كاتب العبد على مئة دينار، واستثنى من الدنانير عبدًا مطلقًا

(رجل كاتب عبده على مئة دينار، على أن يردَّ المولىٰ عليه عبدًا بغير عينه، فالكتابة فاسدةٌ في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: الكتابة جائزةٌ، وتُقسَّم المئة الدينار على قيمة المكاتب، وعلى قيمة عبدٍ وَسَطٍ، فيبطل منها حصة العبد، ويكون مكاتبًا بما بقي).

لأبي يوسف: أنه كاتب العبد على مئة دينار، واستثنىٰ من الدنانير عبدًا مطلقًا، والعبد المطلق يصلح بدلاً في الكتابة، وينصرف إلى الوَسَط؛ لأن مبنىٰ الكتابة على المساهلة، فتُحمَل فيها جهالة الوصف، فيصح استثناؤه عن بدل الكتابة، فتُقسَّم الدنانير عليهما، فما أصاب المستثنىٰ يسقط، ويكون مكاتبًا بما بقي.

ولهما: أنه قابل الدنانير بشيئين: رقبة المكاتب، ورقبة عبد آخر، والبدل الواحد إذا قُوبِل بشيئين، ينقسم عليهما على قدر قيمتهما، كما في البيع، فما أصاب العبد من الدنانير، سقط بالإجماع؛ لأن الدنانير إذا قُوْبِلت بالحيوان، يكون ثمنًا، والعقد لا ينعقد على عبد بغير عينه، فلو انعقدت الكتابة، تنعقد بما يخص المكاتب من الدنانير، وأنَّها مجهولةٌ جهالةَ العدد؛ لأنَّها لا تُعْرَف

إلَّا بالحَزْر والظَّنِّ، فلا يصح، كما لو كاتبه على قيمته، وكما لو قال: كاتبتك على حصتك من المئة الدنانير، لو قسمتُ عليك وعلى قيمة عبدٍ آخرَ، فإنه لا يصح بالإجماع، وكما لو قال لعبدين: كاتبتكما على مئة دينار، فَقَبِلَ أحدهما دون الآخر.

بخلاف ما إذا كاتبه على عبد؛ لأنها جهالة الوصف، وجهالة الوصف لا تمنع صحة الكتابة.

[٢٠٥/أ]

الكتابة على قيمة مجهولة القدر والصفة

(**رجل كاتب عبده على قيمته، أو على شيء بعينه لغيره، فالكتابة فاسدة**)، أما الكتابة على قيمته؛ فلأن القيمة مجهولةُ القدر والصفة، وجهالةُ القدر تمنع صحة الكتابة، فإن أدىٰ القيمة وقبض المولىٰ، عُتِق؛ لأن الكتابة الفاسدة عند اتصال القبض ملحقةٌ بالجائزة كالبيع الفاسد.

فرق بين هذا وبين ما إذا كاتب عبده على ثوب وقبض، لا يعُتَق، والفرق: أن الجهالة أنواعٌ: فاحشةٌ: وهي جهالة الثوب؛ لأن الثوب أجناسٌ، وأقصاه ليس بمعلوم، وجهالةٌ يسيرةٌ: وهي جهالة الوصف، ووسطٌ: وهي جهالةُ القيمة؛ لأنها جهالة القدر، لكن يمكن رفعها بتحمُّل الأقصىٰ.

والجهالة اليسيرة، لا تمنع الكتابة؛ لأن مبنىٰ الكتابة على التَّوْسِعَة والمساهلة.

وجهالة الوسط، تمنع صحة الكتابة، ولو أدىٰ عُتِق؛ لأن في الكتابة معنىٰ التعليق، وقد تصادقا على وجود الشرط.

وفي الفاحشة، لا يُعتَق؛ لأن أقصاه ليس بمعلوم، فلا يتيقَّن بوجود الشرط.

وأمَّا الكتابة على شيء بعينه لغيره من مكيل، أو موزون، أو عَرض.

أمَّا إذا لم يُجِزْ صاحب المال؛ فلأن المولىٰ لم يَرْضَ بثبوت حرية العبد من غير بدل يلزمه في الحال، فإن أجاز صاحب المال، فيه روايتان؛ لأنه متىٰ أجاز صاحب المال، صار مُقْرِضًا من العبد، [فتصير العين] (١) من أكسابه، والمولىٰ إذا كاتب عبده على عين في يده من أكسابه، فيه روايتان.

وجه الجواز: أن هذه كتابةٌ على بدلٍ معلومٍ مقدورِ التسليم، وجه رواية الفساد: أن الكتابة شُرعت على وجه تختصُّ بمَكاسبه، فثبت حرية اليد في الحال، وتتراخىٰ حرية الرقبة إلى وقت الأداء، فلو جازت الكتابة، كان الأداء من مال المولىٰ؛ لأنَّ الأجازة تستند إلى العقد، فتصير العين من أكسابه وقت العقد، وكسبه وقت العقد ملك المولىٰ، فكانت الكتابة على مال المولىٰ، لا على كسب يُوجَد بعد العقد؛ ولأنه لما أجاز، صار البدل ملكًا للمولىٰ من وقت العقد، فتثبت حرية الرقبة واليد في حالة واحدة، لا على وجه التعاقب، فيكون إعتاقًا ببدل، ولا تكون كتابةً؛ لأن الكتابة شُرِعت لإثبات الحريتين على وجه الترادف.

بخلاف ما إذا كاتبه على دراهم الغير، حيث يجوز؛ لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين، فتعلَّق العقد بمثلها في الذمة، وما ثبت في الذمة لا يملكه المولىٰ في الحال، وإنما يملكه عند القبض، وعند القبض هو مكاتب، فلا تكون الكتابة على مال المولىٰ.

وعند أبي يوسف: تجوز هذه الكتابة، أجاز صاحب المال أو لم يُجِز، إلَّا أنه إذا أجاز، يلزمه تسليم العين، وإن لم يجز، يلزمه تسليم القيمة.

---

(١) في أ، ب (فيصير العبد)، والمثبت من د.

نصراني كاتب عبده النصراني على أرطال خمر

نصرانيٌّ كاتب عبده النصرانيَّ على أرطال خمر، يجوز؛ لأن الخمر في حقهم كالخَلِّ في حقنا، وإن أسلم أحدهما، بطل الخمر؛ لأن المسلم ممنوعٌ عن تمليك الخمر وتملُّكه، وفي التسليم تمليكٌ وتملُّكٌ، وتبقىٰ الكتابة بقيمة الخمر، ولا تبطل؛ لأن الكتابة لا تبطل بهلاك البدل؛ لأنها لا توجب تسليم عين البدل، بل تسليمُ القيمة في الكتابة، كتسليم عين البدل؛ لأن مبناه على التوسُّع؛ ولهذا لو كاتب عبده على عبد وَسَطٍ، فجاء بقيمة الوَسَط، يُجْبَر [المولىٰ] على القبول.

ولو كان مكان الكتابة بيعٌ بخمر، فأسلم أحدهما قبل القبض، بطل البيع؛ لأن مبنىٰ البيع على المماكسة، فكان موجبًا تسليم عين البدل، فإذا تعذَّر تسليم عين البدل، بطل البيع، ولا تجب القيمة، فإن أدىٰ قيمة الخمر، عتق؛ لأن الكتابة [بقيت] على قيمة الخمر، وإن أدىٰ عين الخمر، عتق أيضًا؛ لأن في الكتابة تعليق العتق بالأداء، فإذا وجد الشرط، يُعتَق. [والله تعالىٰ أعلم].

❊❊❊

بَابُ
الحُرِّ يُكَاتِبُ عَنْ العَبْدِ، والعَبْدُ يُكَاتِبُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ غَيْرِهِ

حر كاتب عن عبد فإن أدّى عنه، عتق وصورة المسألة:

(حرٌّ كاتب عن عبد، فإن أَدَّىٰ الحُرُّ عنه، عُتِق، وإن بلغ العبد وقبل الكتابة، فهو مكاتبٌ).

صورة المسألة: رجل قال لمولىٰ العبد: كاتب عبدك فلان على ألف درهم، على أني إن أدَّيتها فهو حرٌّ، فكاتبه، والعبد غائبٌ، فقبل الرجل.

أما جواز هذا العقد؛ فلأن هذا عقدٌ له مجيزٌ حال وقوعه، فيتوقَّف نفاذه على إجازته، كالفضولي إذا قبل عقد النكاح للغائب، وإن أدىٰ عنه الحرُّ، عُتِق؛ لأن المولىٰ علَّق العتق بأدائه، ولا يرجع بذلك على العبد؛ لأنه متبرِّعٌ. [٢٠٤/ب]

وإن لم يُؤَدِّ حتى بلغ العبد، فأجاز نفذ عليه؛ لأن الإجازة صادفت عقدًا موقوفًا، فينفذ، وإن بلغه فردّ بطل؛ لأنه كان موقوفًا على إجازته، فيبطل بالرد.

عبد كاتب عن نفسه وعن عبد غائب لمولاه بألف

(عبدٌ كاتب عن نفسه وعن عبد غائب لمولاه بألف درهم؛ فأدىٰ الشاهد، عُتِقا، وأيُّهما أدّىٰ لم يرجع على صاحبه بشيء، وليس للمولىٰ أن يأخذ الغائب بشيء، قَبِل الغائب أو لم يقبل، والكتابة لازمة للشاهد)، وهذا استحسان.

والقياس: أن ينفذ على الحاضر بحصته من الألف، ويتوقَّف على الغائب بحصته من الألف؛ لأن الحاضر له ولايةٌ على نفسه لا على الغائب، فيتوقَّف في حق الغائب، كما لو جمع بين عبده وعبد غيره، وباعهما من رجل.

وجه الاستحسان: أنه أمكن تنفيذ تصرُّفه في حق الغائب، بأن يُجعَل في حق الغائب تعليقًا لعتقه بأداء الحاضر، كما لو كانت الحاضر بألف، ثم قال له: إن أديتها ففلان حر، فإنه لا يتوقَّف على إجازة الغائب.

وإذا أدىٰ الحاضر عُتِقا جميعًا، ولا يرجع على الغائب، كما لو علَّق عتقه بأداء الحاضر نصًّا.

وإن أدىٰ الغائب، يُجبَر على القبول؛ لأن الغائب يحصل العتق بالأداء، فيُجبَر على القبول، ولا يكون أجنبيًا كولد المكاتب، إن أدىٰ بدل الكتابة، يُجبَر على القبول، ولا يرجع الغائب بما أدىٰ على الحاضر؛ لأنه أدىٰ عنه بغير أمره.

وليس للمولىٰ أن يأخذ الغائب بشيء، أجاز الغائب أو لم يُجِز؛ لأن هذا العقد نفذ على الغائب على الوجه الذي ذكرنا، فلا يتغيَّر بإجازته، كمن كفل عن رجل بغير أمره، ثم أجاز المكفول عنه، لا يرجع الكفيل عليه بما أدىٰ؛ لأن الكفالة نفذت قبل الإجازة على وجه، لا يكون له حق الرجوع، فلا يتغيَّر بالإجازة، كذلك هاهنا.

(**أمة كاتبت عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها، فهو جائز**)، وهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا في مسألة العبدين، (**وأيّهم أدَّىٰ عتقوا، ولم يرجع على صاحبه بشيء**)؛ لِمَا مر في المسألة الأولىٰ. [والله تعالىٰ أعلم].

❋❋❋

بَابُ
العَبْدِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، يُكَاتِبَانِه، أَوْ يُكَاتِبُهُ أَحَدُهُمَا

الكتابة تتجزَّأ أو لا تتجزَّأ؟

(عبد بين رجلين، أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم، ويقبض، فكاتبه، وقبض بعض الألف، ثم عجز، فالمال للذي قبض.

وقال أبو يوسف ومحمد : هو مكاتبٌ بينهما، وما أَدَّىٰ من المال، فهو بينهما)؛ وهذا بناءً على أن الكتابة تتجزَّأ عند أبي حنيفة، وعندهما لا تتجزَّأ، فإذا كاتب أحدهما نصيبه، صار كله مكاتبًا، والإذن بكتابة نصيبه، إذنٌ بكتابة الكل، فيصير البدل لهما.

وعند أبي حنيفة: اقتصرت الكتابة على نصيب المكاتِب، وليس للآخر حق النقض؛ لأنه فعل بإذنه، والإذن بالقبض إذنٌ للمكاتَب بالأداء، فيصير الشريك بالإذن متبرِّعًا بنصيبه من الكسب على المكاتب، فيصير المكاتِب أحق به، فإذا أدَّىٰ يختص به القابض.

الاستيلاد في المكاتبة يتجزَّأ

(جارية بين رجلين، كاتباها، فوطئها أحدهما، فجاءت بولد، فادَّعَاه، ثم وطئها الآخر، فجاءت بولد، فادعاه، ثم عجزت، قال : هي أم ولد للأول، ويضمن الأول نصف قيمتها ونصف عُقْرِها للثاني، ويضمن الثاني عُقْرها وقيمة الولد للأول، ويثبت نسب الولد الثاني من المستولد الثاني)، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يثبت نسب الولد الثاني من المستولد الثاني، ولا يضمن الثاني قيمة الولد، وعليه عُقْرٌ كاملٌ للأول، وعلى الأول نصف عقرها، ونصف قيمتها للثاني، كما قال أبو حنيفة).

وحاصل الاختلاف راجع: إلى أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزَّأ عند أبي حنيفة، وعندها: لا يتجزَّأ.

وأجمعوا: على أنه لا يتجزَّأ في القِنَّة، ويتجزَّأ في المُدَبَّرَة.

لهما: أن تكميل الاستيلاد واجبٌ ما أمكن، ولهذا يُكمَّل في القِنَّة، وأمكن تكميله هاهنا بفسخ الكتابة؛ لأن الكتابة إذا انفسخت تصير قِنَّةً، واستيلاد القنة لا يتجزَّأ.

ولأبي حنيفة: أنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلَّا بتملُّك نصيب صاحبه، والمكاتَب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، ولا وجه لفسخ الكتابة؛ لأنَّ المكاتبة قد ترضىٰ بحُرِّيَّةٍ عاجلةٍ بجهة الكتابة، ولا ترضىٰ بحرية آجلة بجهة الاستيلاد، فإذا لم يتمحّض الفسخ منفعةً، لا تنفسخ الكتابة؛ ولهذا قلنا: إن الأب إذا استولد مكاتبة ابنه، لا يصح وإنْ أمكن تصحيحه بفسخ [٢٠٦/أ] الكتابة.

إذا عرفنا هذا نقول: إذا صارت كلها أم ولد للأول، عندهما: لا يصح استيلاد الثاني؛ لأنه استولد أم ولد الغير، وإذا لم يثبت نسب الولد الثاني عندهما، لا يضمن الثاني قيمة الولد، ويضمن الثاني عُقْرًا كاملاً للأول؛ لأنه أقر أنه وَطأَ أم ولد الغير، ويضمن الأول نصف قيمتها ونصف عُقْرها؛ لأنه استولد جاريةً مشتركةً بينه وبين غيره.

وعند أبي حنيفة: استيلاد الأول قبل العجز، اقتصر على نصيبه، فيصح استيلاد الثاني؛ لأنه صادف ملكه من حيث الظاهر، فإذا عجزت، زال المانع عن التكميل، فصارت كلها أم ولد للأول بالاستيلاد السابق، والقياس في هذا: أن لا تصح دعوة الثاني؛ لأنه ادَّعىٰ ولد أم ولد الغير، وإنَّما تصح استحسانًا؛ لأنه استولدها على ظاهر الملك؛ لأن نصيبه وقتِ الاستيلاد باقٍ على ملكه من حيث الظاهر، فصار بمنزلة المغرور، وولد المغرور حرٌّ بالقيمة، ونظير هذا ما ذكر في كتاب الدعوىٰ.

جارية بين رجلين فجاءت بولدين في بطنين فادعى كل بولد

جارية بين رجلين، جاءت بولدين في بطنين، فادَّعىٰ أحدهما الأصغر، والآخر الأكبر، وخرج الكَلَامَان منهما معًا، لا تصِحُّ دعوة الثاني قياسًا، وتصح استحسانًا، كذلك هاهنا، ويضمن الثاني عُقرًا كاملاً؛ لِمَا قالا.

فإن كان أدىٰ العُقْرَ إليها قبل العجز، جاز؛ لأنَّ العُقْرَ كسبها، وهي مختصةٌ بجميع مكاسبها، ويضمن الأول نصف قيمتها، مُوْسِرًا كان أو مُعْسِرًا، ونصف عُقرها، وهو قول أبي يوسف.

وأما على قول محمد: يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبةً، ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، أيهما كان أقلَّ، يجب ذلك.

لأبي يوسف: أنه يملك نصيب صاحبه مكاتبًا ضرورةَ تكميل الاستيلاد، فيضمن نصف قيمتها مكاتبةً، كما لو استولد جاريةً مشتركةً بينه وبين غيره، إلَّا أن ثمّة يضمن نصف قيمتها قِنَّةً؛ لأنه يملك القِنَّةَ، وهاهنا يضمن نصف قيمتها مكاتبةً؛ لأنه يملكها مكاتبةً؛ لأن انفساخ الكتابة أمرٌ ضروريٌّ، فلا يظهر إلَّا في حق التمليك.

ولمحمد: أن حق الثاني في أحد شيئين: إن أدَّت فعُتِقت، فحق الثاني [في نصف] بدل الكتابة، وإن عجزت فرُدَّتْ في الرِّقِّ، فحق الثاني في نصف قيمتها، فلما كان حق الثاني متردِّدًا، يضمن الأقل؛ لأنه متيقَّنٌ.

ثم عندهما: لَمَّا صارت كلها أم ولد للأول قبل العجز، اختلف المشايخ فيه بعد ذلك، قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي: تبقىٰ مكاتبةً بنصف بدل الكتابة؛ لأن الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني، سقط نصف بدل الكتابة، فتبقىٰ مكاتبةً بالنصف.

وقال عامة المشايخ: تبقىٰ مكاتبةً بجميع بدل الكتابة؛ لأن انفساخ الكتابة أمرٌ ضروريٌّ، فلا يظهر فيما عدا التَّمليك، فبقي العقد الأول كما كان؛ ولهذا أوجب أبو يوسف نصف قيمتها مكاتبةً، هذا إذا استولدها أحدهما، ثم استولدها الثاني.

فإن استولدها أحدهما، ثم دبَّرها الثاني، فتدبيرُ الثاني باطلٌ بالاتفاق، أما عندهما؛ لانعدام الملك؛ لأن الأول بالاستيلاد يملك نصيب الثاني.

وأما عند أبي حنيفة؛ فلأنَّها لَمَّا عجزت، تصير أم ولد للأول من وقت الاستيلاد، وملك الثاني كان ثابتًا من حيث الظاهر، إلَّا أن الملك من حيث الظاهر يكفي لصحة الاستيلاد، ولا يكفي للتدبير، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ جاريةً، فاستولدها، ثم جاء مستحق فاستحقها، لا يبطل استيلاده، ويكون الولد حرًّا بالقيمة، ولو دبَّرها ثم استحقها مستحق، بطل التدبير، كذلك هاهنا.

(جاريةٌ بين رجلين، كاتباها، ثم أعتقها أحدهما، وهو مُوسِرٌ، ثم عجزت، ضمن المُعتِق لشريكه نصف قيمتها، ويرجع بذلك عليها، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يرجع).

وهذا بناءً على مسألة تجزُّئ الإعتاق: فإذا أعتقها أحدهما، عند أبي حنيفة: اقتصر الإعتاق على نصيبه، فلا يظهر في نصيب صاحبه ما دام مكاتبًا؛ لأن أثر إعتاق النصف عنده: أن يصير النصف الآخر بمنزلة المكاتَب؛ لأنَّ المُسْتَسْعَىٰ بمنزلة المُكَاتَبِ.

وفي مسألتنا: النصف الآخر كان مكاتَبًا قبل الإعتاق، فلا يظهر أثر الإعتاق فيه، فإذا عجز، ظهر أثر الإعتاق فيه، وصار ذلك الإعتاق مُعْدَمًا، فيضمن لصاحبه نصف قيمتها، ويرجع عليها بما ضمن؛ لما عُرِف من أصله: أن المُعتِق إذا ضمن، يرجع بذلك على العبد.

وعندهما: الإعتاق لا يتجزَّأ، فإذا أعتقها أحدهما، أعتق الكل، فيضمن [٢٠٥/ب] نصيب صاحبه في الحال، على الاختلاف الذي ذكرنا: عند أبي يوسف: يضمن نصف قيمتها مكاتَبًا، وعند محمد: يضمن الأقلَّ من نصف قيمتها ومن نصف بدل الكتابة، فإذا عجزت، بطلت الكتابة، فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق.

ولا يرجع بذلك عليها؛ لما عُرِف من أصلهما: أن المُعتِق إذا ضمن لشريكه، لا يرجع بذلك على العبد.

عبد بين رجلين دَبَّره أحدهما ثم أعتقه الآخر

(عبد بين رجلين، دَبَّره أحدهما، ثم أعتقه الآخر، وهو مُوْسِرٌ، فالمدبِّر بالخيار: إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء استسعىٰ العبد في نصف قيمته مدبَّرًا، وإن شاء ضمن شريكه نصف قيمته مدبَّرًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبَّر أحدهما، صار كله مدبَّرًا، فلا يصح إعتاق الآخر، ويضمن نصف قيمته لشريكه، موسِرًا كان أو مُعْسِرًا)؛ لأنه ضمان تملُّك، فلا يختلف باليسار والإعسار.

وعند أبي حنيفة: اقتصر التدبير على نصيب المدبِّر، فصح إعتاق الثاني، فكان للمدبِّر الخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ العبد في نصف قيمته مدبَّرًا، وإن شاء ضَمَّن شريكه ذلك.

وإنَّمَا تُعرَف قيمتُه مدبَّرًا عند البعض: بتقويم المُقوِّمين، وعند البعض: ينتقص بسبب التدبير ثُلُثُ قيمته، فكانت قيمة المدبَّر: ثُلُثَي قيمة القِنِّ، وقيمة أم الولد: ثُلُث قيمتها قِنَّةً؛ لأن منافع المملوك ثلاثةٌ: الاستخدام، والاسترباح بالبيع، وقضاء الديون من ماليته بعد الموت، وبالتدبير تفوت منفعةٌ واحدةٌ: وهي منفعة الاسترباح، فينتقص ثُلُث قيمته، وبالاستيلاد تفوت منفعتان: منفعةُ الاسترباح، ومنفعةُ قضاء الديون بعد الموت، وتبقىٰ منفعةٌ واحدةٌ: وهي منفعة الاستخدام، فتُوَزَّع القيمة على ذلك، هذا إذا دَبَّره أحدهما، ثم أعتقه الآخر.

فإن أعتقه أحدهما، ثم دبّره الآخر، فالمدبِّر بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ، وليس له أن يُضمِّن المُعتِق، بخلاف ما إذا كان التدبير أولاً؛ لأن التدبير إذا كان سابقًا، فالمحل وقت الإعتاق لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، فيثبت له ولاية تضمين المُعتِق، لا بشرط التمليك.

أما إذا كان الإعتاق سابقًا، فالمحل وقت الإعتاق كان قابلاً للنقل من ملك إلى ملك، فيثبت له ولاية التضمين بشرط النقل، فإذا دبَّره بعد ذلك، تعذَّر النقل، فيتعذَّر التضمين؛ لأن حق التضمين ثبت مقيَّدًا بهذا الشرط، وهو نظير ما لو غصب الرجل عبدًا، فدبَّره المولىٰ، ثم أبق، أو مات، لا يكون له حق التضمين؛ لأن حق التضمين يثبت بشرط التمليك، فإذا فات الشرط، تعذَّر التضمين.

ولو غصب مدبَّرًا، فأبِق، أو مات، ضمن الغاصب؛ لأن حق التضمين ثبت لا بشرط التمليك؛ لأنه لم يكن محلاً للتمليك وقت الغصب.

بَابُ
المُكَاتَبِ يَمُوْتُ فَيَتْرُكُ وَفَاءً

مكاتب عجز
فقال: أخروني

(مكاتب عَجَز، فقال: أخِّروني، قال: إن كان له مالٌ حاضرٌ، أو غائبٌ يُرجىٰ قدومُه، يُؤَخَّر يومين أو ثلاثةً، ولا يُزاد على ذلك، وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف: لا يُرَدُّ رقيقًا حتىٰ يتوالىٰ عليه نجمان إن كان بدل الكتابة منجَّمًا).

له: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «المكاتب إذا توالىٰ عليه نَجْمان ولم يرد، رُدَّ في الرِّقِّ»[1]؛ ولأنَّ مَبْنَىٰ الكتابة على التخفيف والتسهيل، ولهذا سُنَّ فيها التنجيم، والتخفيف والتسهيل فيما ذكرنا.

ولهما: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه: «أن مكاتبةً له عجزت عن نَجْمٍ، فردَّها»[2]؛ ولأنه لما مضىٰ نَجْمٌ، صار ذلك القدر حالاً، فلا يُؤَخَّر ثانيًا، كما لو كُوتِب على هذا القدر حالاً، لا يُؤخَّر زيادةً، على ما ذكرنا، كذلك هاهنا.

---

(١) «أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه»، كما ذكر الزيلعي في نصب الراية، ٤/١٤٦.
(٢) «أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه»، كما في نصب الراية ٤/١٤٦

وإنما يُؤخَّر يومين أو ثلاثةً، إذا كان له مالٌ حاضرٌ، أو غائبٌ يُرجىٰ قدومُه[1]؛ لأن الأداء لا بُدَّ له من الزمان، فقُدِّر بهذا القدر؛ لأنه تعجيلٌ وليس بتأخير، ألا ترىٰ أن المدعىٰ عليه إذا ادَّعىٰ الدفع، يُؤخَّر هذا القدر، لا يُراد الدفع، ولا يكون ذلك تأجيلاً، كذلك هاهنا.

وما روي من الحديث، ليس فيه أنه لا يُرَدُّ إلى الرِّقِّ فيما دون ذلك.

(مكاتبٌ أخلَّ[2] بنَجْم، فردَّه مولاه عند غير السلطان برضاه، فهو جائز)؛ لأن الكتابة تحتمل الفسخ بالتراضي من غير عذر، فعند العُذر أولىٰ.

مكاتب اشترى ابنه ثم مات وترك ميراثًا ووفاءً

(مكاتب اشترىٰ ابنه، ثم مات وترك ميراثًا وفاءً، ورثه ابنه، وكذلك إذا كان هو وابنه مكاتبين كتابةً واحدةً)؛ لأنه لما اشترىٰ ابنه، يُكاتَب عليه كالحر إذا اشترىٰ ابنه، يُعتَق عليه، فإذا مات عن وفاء، وأُدِّيتْ كتابته، حكم بعتقه في [٢٠٧/أ] آخر جُزْءٍ من أجزاء حياته، وإذا حكم بعتقه قبل الموت، حكم بعتق ابنه في ذلك الوقت أيضًا؛ لأنه تبعٌ له، فإذا مات عن ابنٍ حرٍّ، يرثه، فكذلك إذا كان الابن مكاتَبًا معه؛ لأنه إذا كان صغيرًا لا يُعبِّر، فهو تبعُ للأب، وإن كان كبيرًا؛ فلأنهما في عقد الكتابة، جُعِلا كشخص واحد، فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت، حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت.

بخلاف ما إذا كان الابن مكاتَبًا على حدة، فمات الأب عن وفاء، فأُدِّيت كتابته، ثم عُتِق الابن بعد موت الأب، فإنه لا يَرِثه؛ لأنه لم يكن وارثًا حين مات الأب، فلا يصير وارثًا بعد ذلك.

---

(١) هنا زيادة: (لا يراد) في ب فقط.

(٢) في نسخة النافع الكبير (أجَّل).

قضاء القاضي بعجز المكاتب

(مكاتب مات وله ولدٌ حرٌّ من امرأة حرّة، وترك دينًا به وفاءً ببدل الكتابة، فجنىٰ الولد جنايةً، فقضى بها على عاقلة الأم، لم يكن ذلك قضاءً بعجز المكاتب) وفسخ الكتابة.

(وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في وَلاء الولد، فقضىٰ القاضي بولائه لموالي الأم، كان ذلك قضاءً بعجز المكاتب).

والفرق: أن القاضي ما قضىٰ بعجز المكاتَب وفسخ الكتابة نصًّا في الموضعين، وليس من ضرورة القضاء بموجب الجناية على عاقلة الأم، القضاءُ بفسخ الكتابة، فإن القضاء على غير من وجب عليه، جائزٌ بعارض الكفالة والتحمُّل، فيُجعَل في حق موالي الأب، كان القضاء على عاقلة الأم كان بعارض [أمر]، فلا يُجعَل قضاءً بفسخ الكتابة.

بخلاف الفصل الثاني؛ لأن القاضي قضىٰ بكونه مولى لموالي الأم، إذ الخصومة وقعت فيها، ومن ضرورتها القضاءُ بفسخ الكتابة.

وهذا فصلٌ مجتهَدٌ فيه: أن المكاتَب إذا مات عن وفاء، على قول بعض الصحابة، وهو مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ، يموت حُرًّا، وعلى قول بعضهم: يموت عبدًا، والقضاء إذا صادف محلاً مجتهدًا فيه، ينفُذ.

مكاتب أدى إلى مولاه شيئًا من الصدقات، ثم عجز

(مكاتب أدىٰ إلى مولاه شيئًا من الصدقات، ثم عجز، فهو طَيِّبٌ له)؛ لأن السبب قد تبدَّل، واختلاف سبب الملك، بمنزلة اختلاف العين، أصله: حديث بريرة: أنها كانت تُهدي إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ما كان يتصدَّق به عليها، وكان رسول الله يقبل منها ويقول: «**هي لها صدقةٌ، ولنا هديةٌ**»[١].

---

(١) أخرجه أبو عوانة في مسنده ٣/٢٣٢؛ والطحاوي في شرح مشكل الآثار ١١/٢٢٣.

فرق بين هذا، وبين الفقير إذا أباح للهاشمي وللغني عينَ ما أخذ من مال الزكاة من الطعام، فإنه لا يَحِلُّ؛ لأن هناك لم يتبدَّل السبب؛ لأن الإباحة ليست بتمليك، ونظير هذا ما ذكر في المأذون.

رجل اشترىٰ مأكولاً بيعًا فاسدًا، لا يَحِلُّ له ولا لمن أباح له المشتري بتناول هذا الطعام.

ولو باعه بيعًا صحيحًا، أو وهبه للثاني، تناوله؛ لِمَا قلنا، كذلك هاهنا.

وإن أدَّىٰ إلى المولىٰ بعدما عَجَز شيئًا من ذلك، فقد قيل: على قول محمد: يطيب؛ لأن المكاتَب إذا عجَز، [يملك المولىٰ] أكسابه ملكًا مبتدأً، حتى قال: لو آجر المكاتب أمته ظِئْرًا، ثم عجز، تبطل الإجارة.

وعلى قول أبي يوسف: لا يَطِيْب له؛ لأن عنده: المكاتَب إذا عجز، لا يملك المولىٰ أكسابه ملكًا مبتدأً، بل كان له نوعُ ملكٍ في أكسابه، وبالعجز يتأكَّد ذلك الحق، ويصير المكاتب فيما مضىٰ كالعبد المأذون؛ ولهذا قال: المكاتب إذا آجر أمته ظِئْرًا، ثم عجز، لا تنفسخ الإجارة.

والصحيح: أنه يَطِيب له عند الكل؛ لأنه لا خُبْثَ في الصدقة، وإنما حُرِّمت على الغني والهاشمي؛ كرامةً لهما، وصيانةً لهما عن الذُّلِّ الحاصل بقبول الصدقة من غير ضرورة.

جناية المكاتب لا تصير مالاً إلا بالقضاء أو الموت

(عبدٌ جنىٰ جناية، فكاتبه مولاه، وهو لا يعلم بالجناية، ثم عجَز، يُقال لمولاه: ادفعه أو افْدِه)؛ لأن المولىٰ لم يصر مختارًا للفداء بعقد الكتابة؛ لأنَّه لم يكن عالمًا بالجناية وقت الكتابة، إلَّا أنه تعذَّر عليه الدفع بفعله، فيُغرَم قيمته، كما لو باع وهو لا يعلم بالجناية، إلَّا أن المانع من الدفع، كان على شرف الزوال، فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز، زال المانع من الدفع، فيُخيَّر بين الدفع والفداء.

(**[مكاتَبٌ جنىٰ جنايةً] وقضىٰ القاضي بقيمته، ثم عجَز، فقيمتُه دينٌ عليه، يُباع فيه**)؛ لأن قضاء القاضي نَقَلَ الحق من العبد إلى القيمة، فلا يعود بعد ذلك، ولو لم يَقْضِ القاضي عليه بالقيمة، حتى عجَز، يُخيَّر مولاه بين الدفع والفداء في قول أبي حنيفة ومحمد، وأبي يوسف الآخر.

وكان أبو يوسف يقول أولاً، وهو قول زفر: حقُّ وَلِيِّ الجناية في قيمته، يُباع فيه.

[٢٠٦/ب] وحاصله: أن جناية المكاتَب عندنا: لا تصير مالاً إلَّا بالقضاء، أو الموت عن وَفاء، أو بالصلح عن رضا.

وعند زفر، وهو قول أبي يوسف الأول: موجَبُ جنايته قيمتُه؛ لأن المانع من الدفع قائمٌ، وهو الكتابة، فكان موجبُ جنايته قيمتَه، كجناية المدبَّر وأم الولد.

ولنا: أن الأصل في جنايات الرقيق: الدفع، وإنما تجب القيمة عند العجز عن الدفع، والمانع من الدفع هاهنا متردِّدٌ؛ لاحتمال انفساخ الكتابة، فلا تصير مالاً إلَّا بقضاء، أو برضا، كالعبد المبيع إذا أبِق، لا ينفسخ البيع؛ لتردُّدِ حاله، كذلك هاهنا.

بخلاف المدبَّر وأم والولد؛ لأن المانع من الدفع ثَمَّةَ متقرِّرٌ، لا يحتمل الزوال، فتجب القيمة. [والله تعالىٰ أعلم].

* * *

بَابُ
مَا يَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَهُ المُكَاتَبُ وَمَا لَا يَجُوزُ

مكاتب شرط عليه مولاه أن لا يخرج من الكوفة إلا بإذنه

(مكاتبٌ شرط عليه مولاه أن لا يخرج من الكوفة إلَّا بإذنه، فالكتابة جائزةٌ، والشرط باطلٌ، وله أن يخرج من الكوفة).

أما بطلان الشرط؛ فلأنَّه لا يلائم العقد؛ لأن موجب الكتابة اختصاصه بنفسه، وتمكينه من الاكتساب والضرب[1] في الأرض من ابتغاء المال، وكل شرط يخالف مقتضىٰ العقد، يكون فاسدًا، إلَّا أن الكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنها من جانب المولىٰ: إثباتُ حرية اليد، والعتقُ في الزمان الثاني، والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة.

(مكاتبٌ كاتب عبده، أو زوَّج أمته، فهو جائزٌ)؛ لأنه من جملة الاكتساب؛ إذ الاكتساب ما يصل به إلى المال.

(وإن أعتق المكاتب عبده على مال، أو باع نفس العبد منه بمال، لم يَجُز)؛ لأن ذلك من التصرُّفات الضارَّة؛ لأنه إعتاقٌ في الحال ببدلٍ في ذمة المفلس، فأشبه الزوال بغير عوض، بخلاف الكتابة؛ لأن في الكتابة لا تصل إلى الحرية قبل سلامة البدل للمولىٰ.

---

(١) في ب (والتَّصرُّف).

وكذا إذا زَوَّجَ عبده، لا يجوز؛ لأنه تعييبٌ للعبد، وليس باكتساب؛ لما فيه من إغلاق الرقبة بالمهر والنفقة، من غير أن يستفيد بمقابلته مالاً.

وكلُّ ما يملكه المكاتَب، يملكه الأب في مال ولده الصغير، والوصي في مال اليتيم، والمفاوِضُ في مال المفاوضة، وما لا يملكه المكاتب: كالإعتاق على مال، والتزويج، لا يملكه الأبُ والوصيُّ والمفاوِضُ.

والعبد المأذون لا يملك التزويج والكتابة، وقال أبو يوسف: يملك تزويج الأمة؛ لأنه في معنىٰ الإجارة، والمأذون يملك الإجارة.

وهما فرَّقا فقالا: بأنه مأذونٌ في التجارة، والتزويج والكتابة ليست بتجارة؛ لأن التجارة مبادلةُ المال بالمال، والإجارة تِجارةٌ، بخلاف المكاتَب؛ لأنه مُلحَقٌ بالأحرار، فكما يملك التجارة، يملك الاكتساب.

وشريكُ العِنَان والمضارِبُ بمنزلة المأذون، يملك التجارة لا غير.

مكاتب تزوج بإذن مولاه امرأة حرّة فولدت منه أولادًا ثم استحقت

(مكاتبٌ تزوَّج بإذن مولاه امرأةً زعمت أنها حُرَّةٌ، فولدت منه أولادًا، ثم استحقت، فأولادها رقيقٌ، ولا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد إذا تزوَّج بإذن المولىٰ).

وقال محمد: أولادها أحرارٌ بالقيمة، يُؤدِّي قيمة الأولاد إذا عتق.

له: أن العبد رَغِب في حرية الأولاد بسبب صحيح، فإذا بطل السبب، يُعتَق الأولاد بالقيمة؛ نظرًا للجانبين، كالحُرِّ إذا صار مغرورًا.

ولهما: أن هذا الولد مخلوقٌ من ماء رقيقين، فيكون رقيقًا، والقياس في ولد الحر كذلك؛ اعتبارًا لجانب الأم؛ لأنَّ انخلاقه من مائها ثابتٌ، ولا شبهة فيه، وإنما عرفنا ذلك بإجماع الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، ولا وجه إلى

التعدية؛ لأن ثَمَّةَ حكمنا بحرية الأولاد مع مراعاة حق المستحق بإيجاب البدل في الحال، وهاهنا لا يُؤاخَذ بالقيمة في الحال؛ ولأن ثَمَّة الحرية ثابتةٌ من جانب الأب، وهاهنا الأب رقيقٌ، فلم يكن هذا في معنىٰ ما وَرَدَ به الشرع، وإذا [تعذَّرت][1] التَّعدية، أخذنا بالقياس.

مكاتب وطئ جارية على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقت

(مكاتَبٌ وطئ جاريةً على وجه الملك بغير إذن المولىٰ، [ثم استحقَّها رجل][2]، يُغرَم عُقْرها، يُؤاخَذ به في الحال، وإن وطئها على وجه النكاح، لا يؤاخذ به حتى يُعتَق، وكذلك العبد المأذون).

والفرق: أن في فصل النكاح: وجب بسبب ليس من جملة الاكتساب، فلم يكن داخلاً تحت عقد الكتابة، فكان الحال فيه كالحال قبل الكتابة والإذن، فيُؤاخَذ به بعد العتق، كالعبد المحجور إذا أقرَّ على نفسه بالدين.

أما في فصل الشراء: العُقر وجب بسبب الشراء، لولا الشراء لكان عليه الحد دون العُقر، فيكون مُلحَقًا بالشراء والتجارة، كالهدية اليسيرة، والضيافة اليسيرة، وكذا المكاتب.

أو العبد المأذون إذا اشترىٰ جاريةً شراءً فاسدًا، فوطئها ثم رَدَّها على البائع، يُؤاخذ بعُقْرها في الحال. [٢٠٨/أ]

***

(١) في أ (انعدم)، وفي د (تعذر)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (ثم استحق)، وساقطة من ب، والمثبت من د.

بَابُ
مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

أم ولد
كاتبها مولاها ثم مات

(أم ولد كاتبها مولاها، ثم مات، قال: هي حرة، وبطلت الكتابة)؛ لأن عتقها معلَّقٌ بموت المولىٰ شرعًا، فتُعتَق إذا مات، ويسقط البدل؛ لأنها التزمت المال بمقابلة العتق، فإذا عُتِقت لا بجهة الكتابة، يسقط البدل، كما لو أعتقها بعد الكتابة.

(أم ولد النصراني إذا أسلمت، تسعىٰ في قيمتها)؛ لأنه لا وجه لإبقاء الملك؛ لأن فيه إبقاء المسلمة في ذُلِّ الكافر، ولا وجه إلى العتق مجانًا؛ لأن مالهم معصومٌ، ولا وجه لإبقاء الملك وحرمة الاستخدام إلى أن يموت؛ لأنه إتلافٌ معنًى، وتعذَّر بيعها بالاستيلاد، فنخرج إلى العتق بالسعاية؛ نظرًا [للجانبين] وإن لم تكن ماليتها متقوَّمةً عند أبي حنيفة؛ لأنها متقوَّمةٌ في اعتقادهم.

[ثُمَّ لا تُعتَق قبل] أداء السعاية عندنا، وعند زفر: كما قضىٰ القاضي عليها بالسعاية، تُعتَق؛ لأن في تأخير الحرية إلى وقت الأداء، إبقاؤها تحت ذُلِّ الكافر.

ولنا: أن إزالة ذُلِّ الكافر واجبةٌ بطريق النظر، وذلك في إخراجها عن ملكه عند أداء السعاية، أما القول بثبوت العتق في الحال بدينٍ في ذمة المفلس، قولٌ بضرَرٍ ظاهرٍ.

وقوله: بأنها تبقىٰ في ذُلِّ الكافر، فليس كذلك؛ لأنه كما قضىٰ عليها بالسعاية، تقطع يد الكافر عنها، فصارت بمنزلة المكاتبة، ويجوز أن تكون المسلمة مكاتبةً للكافر، ألا ترىٰ أن مملوك الذمي إذا أسلم، فكاتبه مولاه، لا يُجبَر على نقض الكتابة، ولا يُقال: بأنَّ هذه كتابةٌ بالقيمة، وإنَّها باطلةٌ؛ لأنها نقول: الكتابة بالقيمة إنما لا تجوز، إذا لم تكن القيمة مقدَّرةً، وهاهنا القاضي يُقدِّر القيمة، ويقضي عليها بذلك، فتَصِحّ.

قال لعبده: جعلت عليك ألفًا تؤديها إليّ نجومًا

(رجل قال لعبده: **جعلت عليك ألفًا تُؤدِّيها إليَّ نجومًا، أولُها نَجْم كذا، وآخرها نَجْم كذا، فإذا أدَّيتها فأنت حرٌّ، وإن عجزت فأنت رقيقٌ، فهذه كتابةٌ جائزةٌ**)؛ لأنه أتىٰ بتفسير الكتابة على ما هو العادة، وإن لم يذكر لفظة الكتابة، والعبرة للمعنىٰ.

كاتب عبده على ألف إلى سنة، ثم صالحه على خمسمائة معجلة

(رجل **كاتب عبده على ألف درهم إلى سنة، ثم صالحه على خمسمائة معجَّلةً، فهو جائزٌ**)، والقياس: أن لا يجوز؛ لأن هذا اعتياضٌ عن الأجل، فلا يجوز، كما لو كان الدين على حُرٍّ، فصالحه منها على خمسمائة معجَّلةً، [لا يجوز]، ويُجعَل كأنَّ المديون اشترىٰ ألفًا مؤجلة، بخمسمائة معجلة، كذلك هاهنا؛ لأن الربا كما يجري بينه وبين [الأجانب]، يجري بينه وبين مكاتبه؛ ولهذا لو باع من مكاتبه درهمًا بدرهمين، لا يجوز.

وجه الاستحسان: أن تصحيح التصرُّف واجبٌ ما أمكن، وقد أمكن تصحيح هذا الصلح بفسخ الكتابة الأولىٰ، وتجديد الكتابة الثانية بخمسمائة حالَّةً؛ ولهذا لو زاد في الأجل على أن يزيد العبد، يجوز بهذا الطريق، وكذا لو حَطَّ شيئًا من البدل بشرط إسقاط الأجل، يجوز.

مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة، ثم مات

(رجلٌ مريضٌ، كاتب عبده على ألفي درهم إلى سنة، وقيمة العبد ألف درهم، ثم مات المولىٰ، وليس له مال غير العبد، وأبىٰ الورثة أن يُجِيزوا، فإنه يقال للمكاتب: أَدِّ ثُلُثَي الألفين حالاً، والباقي [عليك] إلىٰ ذلك الأجل، فإذا أَدَّيْته عُتِقْتَ، وإلَّا رَدَدْتُكَ في الرِّقِّ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يُقال للمكاتب: أَدِّ ثُلُثَي القيمة: وهي ستمائة وستة وستون درهمًا وثُلُثَا درهم حالاً، والباقي عليك إلى ذلك الأجل، وإلَّا رَدَدْنَاك في الرق).

فأبو حنيفة وأبو يوسف جعَلا مال المولىٰ بدل الكتابة، فكان المريض متبرِّعًا بتأجيل الألفين، فلا يصح التأجيل إلَّا بقدر الثُّلُث: وهو ستمائة وستة وستون وثُلُثا درهم، ويُؤدِّي ثُلُثي البدل: وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهمًا وثُلُث درهم حالاً.

ومحمد جعل مال المريض قيمة العبد، فلا يصح تأجيله في ثُلُثي الألف.

(أصل المسألة: ما ذكر في كتاب الشفعة: مريضٌ باع دارًا قيمتُها ألف بثلاثة آلاف إلى سنة، ثم مات، وليس له مالٌ غير ذلك، وأبَتِ الورثة أن يُجِيزوا.

عندهما: يُقال للمشتري: إما أن تُعجِّل ثُلُثي الثمن حالاً، والباقي عليك إلى أجله، وإلَّا فانقض البيع.

وعلى قول محمد: يُقال له: إما أنْ تُعَجِّل ثُلُثي القيمة حالاً، وإلَّا فانقض البيع.

وجه قول محمد: أن ما زاد على القيمة، يملك المولىٰ ترك تحصيله، ألا ترىٰ أنه لو كاتبه على قدر قيمته، يجوز، فالزِّيادة على قيمته لا تعتبر من ماله، وإنما يعتبر ماله ألفًا، فلا يصح تأجيله في ثُلُثي الألف)[1]، ويصح في الزيادة، كما لو خالع امرأته على مالٍ مؤجَّلٍ، فإنه يصح تأجيله من جميع المال؛ لِمَا [٢٠٧/ب] قلنا من المعنىٰ.

ولهما: أن بدل الكتابة قُوبِل بمالٍ متقوَّمٍ، فكان حكمه حكم [المبدل]، ويصير كأن قيمته كانت ألفي درهم، فلا يصح تأجيله إلَّا في ثلثي الألف، بخلاف بدل الخلع؛ لأنه قوبل بما ليس بمال، فلا يتعلق به حق الورثة.

(وإن كاتبه على ألف إلى سنة، وقيمته ألفان، أدىٰ ثُلُثي القيمة حالاً، وإلَّا يُرَدُّ في الرِّقِّ في قولهم جميعًا)؛ لأنه تبرُّعٌ بإسقاط أحد الألفين، وتأخير الألف الأخرىٰ، فتصح في الثلث، وتبطل الزيادة.

رجل كاتب عبده، وكفل [له] إنسانٌ ببدل الكتابة، لا تَصِحّ؛ لأنَّ الكفالة شُرِعت لتحمُّل المطالبة عن الأصيل، والمطالبة غير متوجهة على الأصيل؛ لأنه متمكِّنٌ من إسقاط البدل عن نفسه بالتعجيز؛ ولأن المال غير واجب على المكاتب حقيقةً؛ لأن المولىٰ لا يستوجب دينًا على عبده، وإنما جُعِل واجبًا في حق المولىٰ والعبد؛ ضرورةَ التوسُّل إلى الحُرِّيَّة، فلا يظهر في حق غيرهما.

***

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

كتَابُ المَأْذُونِ

إقراض المأذون والمكاتب

(ليس للمأذون ولا للمكاتَب أنْ يُقْرِضا، فإن فعلا، فهو باطلٌ)؛ لأن القرض تبرُّعٌ؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**مكتوبٌ على باب الجنة: الصدقة بعشرة أمثالها، والقرض بثمانية عشر**»[1]، ولو كان مبادلة، كان صرفًا بالنسيئة، وهو حرامٌ؛ ولهذا لا يملكه الأب والوصي في مال اليتيم، بخلاف القاضي، وقد مَرَّ في كتاب القضاء.

رجل قدم مصرًا وقال: أنا عبد فلان فاشترى وباع

(**رجل قدِم مصرًا وقال: أنا عبد فلان، فاشترىٰ وباع، لزمه كل شيء من التجارة، إلَّا أنه لا يُباع في الدَّيْن حتى يحضر المولىٰ**).

هذه المسألة على وجهين: أما أن يدَّعِي أنه مأذونٌ في التجارة، أو لم يَدَّعِ ذلك، ولكنه اشترىٰ وباع.

ففي الوجه الأول: قُبل قوله استحسانًا، والقياس: أن لا يقبل؛ لأنه أخبر عن شيئين: أخبر أنه مملوكٌ، وهذا إقرارٌ على نفسه، وأخبر أنه مأذونٌ في التجارة، وهذا إقرارٌ على المولىٰ، وإقرارُه لا يصلح حجةً على المولىٰ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣١)؛ والبيهقي في شعب الإيمان ١٨٨/٥؛ والطبراني في المعجم الكبير ٢٨٦/٧.

وجه الاستحسان: أن بالناس حاجةً إلى قبول قوله؛ لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في التجارة، فلو لم يُقبَل قول الواحد في المعاملات، يحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرُّفٍ: أنه مأذونٌ في التجارة، فقبلنا قول الواحد لمكان [الحاجة](١).

وكذا لو باع واشترىٰ ولم يُخبِر أنه مأذونٌ في التجارة، جازت المبايعة معه؛ لأن أمر المسلم محمولٌ على الصحة والصلاح.

وإذا حكم بكونه مأذونًا وقبلنا قوله: يُقضىٰ ديونه من كسبه؛ لأنه من لوازم الإذن في التجارة، ولا تباع رقبته في دينه؛ لأنه غير مصدِّق على المولىٰ في رقبته، وبيع الرقبة ليس من لوازم الإذن في التجارة، ألا ترىٰ أن المأذون لو كان مدبَّرًا، لا تُباع رقبته في الدين.

(فإذا حضر المولىٰ، إن أقر أنه كان مأذونًا في التجارة، تباع رقبته في الدين إن لم يَقْضِ المولىٰ دينه)؛ لأن عدم البيع كان لحق المولىٰ، فإذا رضي بذلك، تُباع فيه، وإن أنكر المولىٰ الإذن، كان القول قوله، وعلى الغرماء البينة؛ لأنا إنما قلبنا قوله قبل التجاحُد، أما بعد الجحود، لا يُقبَل قوله على المولىٰ؛ لأن دعواه الإذن، كدعوىٰ الكتابة والإعتاق.

فإن أقاموا البينة أنه كان أَذِنَ له في التجارة، حينئذٍ يُباع؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو ثبت الإذن عِيانًا يُباع، كذلك هاهنا.

جارية أذن لها مولاها في التجارة، فاستدانت أكثر من قيمتها

(جاريةٌ أذن لها مولاها في التجارة، فاستدانت أكثر من قيمتها، ثم دبّرها، قال: هي مأذونةٌ كما كانت، ويَضْمَن المولىٰ قيمتها للغرماء، ولو لم يُدبِّرها، ولكنه استولدها، تصير محجورةً استحسانًا، ويَضْمَن المولىٰ قيمتها للغرماء).

---

(١) في أ (الضرورة)، والمثبت من ب، د.

أما في الوجه الأول؛ فلأن التَّدبير لا يمنع ابتداء الإذن، فلا يمنع البقاء، وأما الاستيلاد، فالقياس: أن لا تصير محجورةً، وهو قول زفر؛ لأن الاستيلاد لا يمنع ابتداء الإذن [أيضًا]، فلا يمنع البقاء، وفي الاستحسان: تصير محجورةً؛ لأن الإنسان لا يرضىٰ بخروج أم الولد للتجارة، بل يُحصِّنها ويمنعها عن الخروج، والإذن بالتجارة، إذنٌ بالخروج، فكان حجرًا من حيث الظاهر، بخلاف التدبير؛ لأن التحصين في المدبَّر ليس بأمر ظاهر.

وإنما يضمن المولىٰ قيمتها للغُرماء في الفصلين؛ لأن قبل التدبير والاستيلاد، كان محلاً للبيع في الدَّين، وقد بطل ذلك، فصار مُتلِفًا حق الغُرماء، فيضمن كما لو أعتق.

(**عبدٌ مأذونٌ، باع عبدًا بألف درهم، ثُمَّ حَطَّ من الثمن شيئًا مثل ما يَحُطُّ التجار بعيب، فهو جائز**)؛ لأن هذا من صنيع التجار، فيملكه المأذون، كما يملك الضيافة اليسيرة.

[٢٠٩/أ] وإن حَطَّ من غير عيب، أو حطَّ بالعيب ما لا يَحُطُّ التجار مثله في العيب، لا يجوز؛ لأنه تبرُّعٌ لا يحتاج إليه، بخلاف ما إذا حَطَّ لسبب العيب؛ لأن المشتري استحق عليه صفة السلامة، فإذا حطَّ، كان المحطوط بدلاً عن الجزء الفائت، فلا يكون تبرُّعًا، هذا إذا حطَّ بعد البيع.

وإن باع وحابىٰ محاباةً فاحشةً، جاز في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده: الوكيل يملك البيع بغبن فاحش، فالمأذون أولىٰ.

عبد مأذون عليه دين باعه المولى، وأعلمه بالدين، وقبضه المشتري

(**عبدٌ مأذونٌ عليه دين، باعه المولىٰ من رجل، وأعلمه بالدين، وقبضه المشتري، ثم حضر الغرماء، فللغرماء أن يَرُدُّوا البيع**).

وتأويله: إذا باع بثمن لا يفي بديونهم؛ لأنه كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يصل إليهم ديونهم، وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري، فكان لهم أن ينقضوا البيع.

وإنْ كان في الثَّمَن وفاءٌ بديونهم، لا تكون لهم ولاية نقض البيع؛ لأن هذا البيع لا يتضمن إبطال حق الغرماء، إلَّا إذا كان الثمن لا يصل إليهم، فحينئذٍ كان لهم حق النقض.

فرق بين هذا، وبين ما إذا باع المولىٰ العبد الجاني بعد العلم بالجناية، فإنه يصير مختارًا للفداء، وهاهنا لا يصير حتى لا يلزمه قضاء الدين من ماله.

والفرق: أن الدين واجبٌ في ذمة العبد، لا يسقط عنه بالإعتاق والبيع، حتى يؤاخذ به بعد العتق، فقول المولىٰ: أنا أقضي دينه، عِدَةٌ بالتبرُّع، فلا يلزمه، بخلاف الجناية؛ لأن موجب جناية العبد: الدفع على المولىٰ، فإذا تعذَّر عليه الدفع بالإعتاق أو بالبيع، يُطالَب به المولىٰ.

(فإن كان المولىٰ غائبًا، فلا خصومة بينهم وبين المشتري في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: المشتري خصمٌ للغرماء، تُقبَل بينتهم عليه، ويُقضىٰ بديونهم).

وعلى هذا الخلاف: إذا اشترىٰ دارًا ولها شفيعٌ، وقبضها، ثم وهبها لرجل، وقبضها الموهوب له، وغاب الواهب، وحضر الشفيع.

ورویٰ ابن سماعة عن أبي حنيفة ومحمد في هذه المسألة، مثل قول أبي يوسف.

لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: أن ذا اليد مالك العين، فيكون خصمًا لكل مَنْ يدَّعِي حقًا في العين، كرجل ادَّعىٰ أن العين الذي في يد هذا، رهنٌ عنده.

ولهما: أنه لا فائدة في جعل المشتري خصمًا؛ لأنا لو جعناه خصمًا في الابتداء، حتى تثبت الديون عليه، وينقض البيع بعود العبد إلى ملك البائع، فلا يكون خصمًا؛ ولأنَّ في نقض البيع قضاءً على [الغائب]، وهو غائبٌ، فلا يجوز.

ولا يلزم على ما قلنا: إذا ادَّعىٰ ملكًا مطلقًا، فأنكر صاحب اليد، فادَّعىٰ أنه له، فإنه يُقضىٰ به للمُدَّعِي، وبعد القضاء تبين أنه لم يكن مالكًا؛ لأن ثمّة في الانتهاء يظهر أنه كان غاصبًا من المدعي، والغاصب يكون خصمًا للمغصوب منه.

وبخلاف مسألة الرهن؛ لأنَّه [لا] يخرج [في الانتهاء] مِنْ أنْ يكون خصمًا، هذا إذا كان البائع غائبًا.

فإن كان البائع حاضرًا، والمشتري غائبٌ، فلا خصومة بينهم وبين البائع؛ لأن الملك للمشتري، وفسخ العقد والملك يكون قضاءً على الغائب، فلا يجوز. [والله تعالىٰ أعلم].

***

كِتَابُ
الغَصْبِ

رجل غصب عبدًا وباعه فَضَمَّنَه مولاه قيمته

(رجل غصب عبدًا وباعه، فَضَمَّنَه مولاه قيمته، جاز بيع الغاصب، وإن أعتقه [الغاصب] ثُمَّ ضَمَّنَ المولىٰ القيمة، لم يَجُزْ عتقه).

والفرق: أن الغصب عدوان، فلا يصلح سببًا للملك، وإنما أثبتنا الملك في المضمون من وقت الغصب ضرورةَ ثبوت الملك في الضمان [من وقت الغصب]، فكان الملك ثابتًا من وقت الغصب من وجه دون وجه، والملك من وجه يكفي لنفاذ البيع، ولا يكفي لنفاذ العتق؛ لأن العتق إنهاء الملك، وإنهاء الشيء لا يكون إلَّا بعد الكمال، ألا ترىٰ أن ملك المكاتب يكفي لنفاذ البيع، ولا يكفي لنفاذ العتق، كذلك هاهنا.

وكذا المُوْدَع إذا باع وسَلَّمَ، ثُمَّ ضمَّنه المالك[1]، ينفذ بيعه؛ لِمَا قلنا.

كل شيء غصب من المكيل والموزون ولم يقدر على مثله

(وكل شيء غصب من المكيل والموزون، ولم يقدر على مثله، فعلىٰ الغاصب قيمته يوم الخصومة)، وقال أبو يوسف: عليه قيمته يوم الغصب، وقال محمد: يوم الانقطاع.

(وإن غصب شيئًا [مِمَّا] لا يكال ولا يوزن، فعلىٰ الغاصب قيمته يوم الغصب بالإجماع).

---

(١) في ب (ثم ضمنه المودع بعد بيعه).

لأبي يوسف: أن سبب الضمان: الغصب، فتُعتبر قيمته يوم الغصب، كما في غير المِثْلِيّ.

ولمحمد: أن الغصب انعقد موجبًا ضمان المثل، حتى كان له المطالبة بالمثل، وإنما ينقطع حقه عن المثل بالانقطاع، فتُعتبر قيمته يوم الانقطاع، [٢٠٨/ب] بخلاف غير المثلي؛ لأن ثمة الغصب انعقد موجبًا ضمان القيمة.

ولأبي حنيفة: أن حقه في المثل قائمٌ بعد الانقطاع؛ ولهذا لو صبر حتى قدر الغاصب على المثل، كان له المطالبة بالمثل، وإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالقضاء، فتُعتبر قيمته يوم القضاء، كما قلنا في ولد المغرور.

والعدديات المتقاربة: كالجَوْز والبَيْض، على هذا الخلاف؛ لأنها من ذوات الأمثال في ظاهر الرواية.

رجل غصب ساجة وأدخلها في بنائه

(رجل غصب ساجةً، وأدخلها في بنائه، فهو استهلاكٌ ينقطع به حق المالك إلى القيمة).

وقال الشافعي: يُنقَض البناء، ويُرَدُّ الساجة، وكذا إذا غصب آجُرًّا وبنىٰ به حائطًا[١].

وجه قوله: أن الغصب عدوان، فلا ينقطع به حق المالك، كما لو غصب ساجةً وبنىٰ عليها.

ولنا: أن الساجة صارت مستهلكةً؛ لأنها صارت تبعًا للأرض؛ لأن البناء [يمنع للساجة][٢] تدخل في بيع الأرض من غير ذكر، وتُؤخَذ بالشفعة، وحق الغاصب في البناء قائمٌ من كل وجه، فيُرجَّح حق الغاصب، كما لو غصب

(١) انظر: المهذب ٣/ ٤٣٠.

(٢) في أ، د (تبع للعرصة)، والمثبت من ب.

خيطًا فخاط به بطن عبده، أو غصب لوحًا وأدخله في السفينة، بخلاف الساجة؛ لأن الساجة لم تصر مستهلكةً، بل بقيت أصلاً كما كانت.

ولو غصب لحمًا وطبخه، يملكه الغاصب بالقيمة في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: بالمثل؛ بناءً على ما ذكرنا في السَّلَم.

ولو غصب بياضًا، فكتب فيه، قيل: بأنه ينقطع حق المالك بالقيمة، وذكر في كتاب الدعوىٰ في باب [النتاج][1]: أن الكتابة ليست من أسباب الملك.

غصب عبدًا فاستغله فنقصته الغلَّة

(**رجل غصب عبدًا، فاستغلَّه، فنقصته الغلَّة، فعليه النقصان، ويتصدَّق بالغلَّة**)، أمَّا ضمان النقصان؛ لأنه أتلف بعض ماله، وأما التَّصدُّق بالغلَّة: قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يتصدَّق بالغلَّة.

له: أن هذا ربح ما هو مضمون عليه، فيكون طَيِّبًا له، وكذا المودع إذا تصرَّف في الوديعة ورَبِح، عنده يَطِيْب له الربح.

ولهما: أن عدم الملك فوق عدم الضمان، وعند عدم الضمان لا يطيب له الربح، حتى يلزمه التصدُّق بكسب المبيع قبل القبض، فعند عدم الملك أولىٰ.

وعلى قول الشافعي: الغاصب إذا آجَرَ المغصوب، كان الأجر للمالك، وهي فرع مسألة إتلاف المنافع.

غصب أرضًا وزرعها كرًّا فنقصتها الزراعة

(**وإنْ غصب أرضًا وزرعها كرًّا، فنقصتها الزِّراعة، وأخرجت ثلاثة أكرار، فإنه يغرم نقصان الأرض؛ لِمَا قلنا، ويأخذ رأس ماله**): وهو البذر، وما أنفق فيه، وضمان النقصان؛ لأنه ليس بربح، (**ويتصدَّق بالفضل**)؛ لأنه رِبْحٌ.

---

(١) في أ (النكاح)، والمثبت من ب، د.

غصب عبدًا، فغيبه فأقام المالك البينة على قيمته

(رجل غصب عبدًا، فغيَّبه، فأقام المالك البينة على قيمته، وقضىٰ القاضي بها، ثم ظهر العبد، فهو للغاصب.

فإن لم يُقِم البينة على القيمة، وحلف الغاصب، وأخذ القيمة بقول الغاصب، ثم ظهر العبد، فالمولىٰ بالخيار: إن شاء أخذ العبد وردَّ القيمة، وإن شاء أمسك القيمة وسَلَّم العبد)؛ وهذا بناءً على أنَّ المضمونات تُملَك عند [التَّضْمِين] مستندًا إلى وقت الغصب عندنا.

وعند الشافعي: لا تُملَك؛ لما عُرِف.

إلا أنه إذا أخذ القيمة بقول الغاصب، كان له الخيار؛ لأنه لم يَرْضَ بزوال ملكه بما أخذ، فكان له الخيار، كما لو باع وسلَّم مكرهًا.

وقال الكرخي رحمه الله تعالىٰ: هذا إذا كانت قيمته أكثر مما أَقَرَّ به الغاصب، فإن كانت قيمته مثل ما أقرَّ به الغاصب، أو دون ما أقرَّ به الغاصب، لا يكون له أن يأخذ العبد.

وفي ظاهر الرواية: له حق الاسترداد في الوجوه كلها؛ لأن الرضا شرطٌ للزوم المبادلة، وقد انعدم الرضا.

غصب ألفًا فاشترى بها جارية فباعها بألفين

(رجل غصب ألفًا، فاشترىٰ بها جاريةً، فباعها بألفين، ثم اشترىٰ بالألفين جارية تساوي ألفي درهم، فباعها بثلاثة آلاف درهم، فإنه يتصدَّق بجميع الربح.

وإن اشترىٰ بالألف المغصوبة جاريةً تُساوي ألفي درهم، فوهبها، أو طعامًا فأكله، فإنه لم يتصدَّق بشيء).

وقال أبو يوسف: الربح طيِّبٌ له، ولا يتصدَّق بشيء.

وأصله: أن المودَع أو الغاصب إذا تصرَّف في الوديعة أو في المغصوب، ورَبِحَ.

عندهما: يلزمه التصدُّق بالربح، وعنده: لا يلزمه.

وجه قوله: أن هذا رِبحٌ حصل في ملكه وضمانه، فيطيب له، أما الضمان فلا شكَّ، وأما الملك؛ فلأن المضمونات تُملَك عند أداء الضمان مستندًا إلى وقت الغصب.

ولهما: أن الملك وإن استند إلى وقت الغصب، فالمستند ثابت من وجه دون وجه، ولو تمكَّن الخَلَل في الضمان، لا يَطِيب له الربح، فإذا [٢١٠/أ] تمكَّن الخَلَل في الملك، كان أولىٰ أن لا يَطِيب، والتَّصدُّق حكمٌ يُبْنَىٰ على الشُّبهات.

وهذا لا يشكل فيما يتعين بالتعيين، كالعروض ونحوه؛ لأن ملك الرقبة واليد في المشترىٰ حصل بالغصب، فكان خبيثًا.

أما الدراهم والدنانير، ذكر الكرخي: أن المسألة على وجوه أربعة: إما أن يُشير في العقد إلى الدراهم المغصوبة، وينقُد منها، أو يُشير إلى غيرها، وينقُد منها، أو يُطلِق العقد إطلاقًا وينقُد منها، أو يشير إليها، وينقُد من غيرها، وفي كل ذلك يطيب له الربح، إلَّا إذا أشار إليها ونقَد منها؛ لأنها لا تتعيَّن بالإشارة، فكانت الإشارة وعدمها سواء[1]، إلَّا إذا تأكدت الإشارة بالنقد منها.

وقال غيره: يلزمه التصدُّق في الوجوه كلها، وهو الصحيح؛ لأنه استفاد بالمغصوب سلامة المبيع يدًا ومِلْكًا، فيتمكَّن فيه الخُبث، بخلاف ما إذا اشترىٰ بالمغصوب طعامًا فأكله، أو جاريةً فوهبها؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس، فلا يلزمه التصدُّق.

---

(١) في ب، د (بمنزله).

غصب جارية فزنى بها فحبلت فردها وماتت في نفاسها

(رجل غصب جاريةً، فزنىٰ بها، فحبلت، فردَّها وماتت في نفاسها، كان عليه قيمتها يوم عَلِقت).

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن نقصان الحبل، ولا يضمَن القيمة.

لهما: أن التلف حصل بسبب كان عند المالك، وهو الوِلادة، فلا يضمن القيمة، ولكن يضمن نقصان الحبل، كما لو اشترىٰ جاريةً فوجدها حاملاً، فولدت عنده وماتت في نفاسها، فإنه لا يرجع على البائع بالثمن، ولكن يرجع بنقصان الحبل.

وكذا لو حُمَّتْ عند الغاصب فَرَدَّهَا محمومةً على المالك، فهلكت بذلك عند المالك وماتت، [فإنَّه] لا يضمن قيمتها، ويضمن النقصان.

وكذا لو زَنَت عند الغاصب، فردَّها، فجُلِدت عند المالك وماتت من ذلك، لا يضمن القيمة، ويضمن النقصان.

ولأبي حنيفة: أنه غصبها فارغةً، وردَّها مشغولةً، فإذا هلكت بذلك، يبطل الرد، كما لو جَنَتْ عند الغاصب، فردَّها على المالك، فقُتِلت عنده قصاصًا بتلك الجناية، يرجع على الغاصب بجميع القيمة، هاهنا حصل الهلاك بما كان عند الغاصب؛ لأن الحبل يُوجِب انفصال الولد، والانفصال سبب الآلام، فكان الهلاك بهذه الوسائط مضافًا إلى الحبل، بخلاف تلك المسائل.

أما في المرض؛ فلأن الهلاك حصل بضعف الطبيعة عن دفع آثار الحُمىٰ المتوالية، وذلك لا يحصل بالحُمَّىٰ الأُوْلىٰ التي كانت عند الغاصب؛ لأن ذلك غير موجب لِمَا بعده، بخلاف الجلد؛ لأن الزنا يوجب جلدًا مؤلمًا، لا مُتلِفًا، ومسألة البيع ممنوعةٌ عند أبي حنيفة، يرجع بجميع الثمن.

والحرة إذا زنىٰ بها رجل كُرهًا، فحبلت وماتت في نفاسها، لا يضمن؛ لأن الحرة لا تُضمَن بالغصب والأخذ، حتى يتقرَّر ذلك الضَّمان عند الهلاك.

مسلم غصب من مسلم خمرًا، فخللها أو جلد ميتة، فدبغه

(مسلم غصب من مسلم خمرًا، فخلَّلها، أو جِلدَ مَيْتةٍ، فدبغه، فلصاحب الخمر أن يأخذ الخَلَّ بغير شيء، ويأخذ جلد الميتة، ويُعْطِيه ما زاد الدباغ فيه).

ذكر فصلين: التَّخْلِيل والدَّبْغ، أما التخليل، قالوا: هو على وجوه ثلاثة: إما أن خلَّلها بالنقل من الظِّلِّ إلى الشمس، أو بإلقاء الملح فيها، أو بصَبِّ الخلِّ فيها، ففي الوجه الأول: الخل لصاحب الخمر بغير شيء، كما قال في الكتاب؛ لأنه عين ماله، وإنما أزال صفة الخمرية بغير ثمن، فصار كما لو تخللَّت بنفسها، وهو وغسل الثوب النجس سواء، فإن استهلكه الغاصب بعد ذلك، ضمن مثله؛ لأنه استهلك مالاً متقوَّمًا خالصًا للمالك.

وإن خلَّلها بإلقاء الملح فيها، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا والأول سواء؛ لأن الملح صار مستهلكًا فيه، فلا يُعتَبر.

وقال بعضهم: على قول أبي حنيفة: الخَلُّ للغاصب؛ لأنه استهلاكٌ، إلَّا أن الخمر لم يكن متقوَّمًا، والملح كان متقوَّمًا، فيرجَّحُ جانب الغاصب، فيكون له بغير شيء.

وعلى قولهما: للمالك أن يأخذ الخَلَّ ويُعطيه ما زاد الملح فيه، كما في دَبْغ الجلد، وصَبْغ الثوب.

فإن أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويُضَمِّنَه، فيه روايتان: في رواية: له ذلك، كما في جلد الميتة، على ما نذكر، وفي رواية: ليس له ذلك.

وأما إذا خللَّها بصَبِّ الخلِّ فيها، اختلف المشايخ أيضًا، قال بعضهم: على قول أبي حنيفة: يكون للغاصب بغير شيء، سواء صار خلًّا من ساعته، أو بمرور الزمان؛ لأن الخلط استهلاكٌ، واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان. [٢٠٩/ب]

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: أن الخمر إن صار خلًّا لمرور الزمان، كان بينهما على قدر كيلهما؛ لأنه لم يكن استهلاكًا، بل صار في التقدير كأنه صَبَّ الخلَّ في الخلِّ، وإن صار خلًّا من ساعته، كان للغاصب، ولا ضمان عليه؛ لأنه استهلاكٌ.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: ظاهر الجواب فيها: أن يُقسَّم بينهما على قدر كيلهما، سواء صار خلًّا من ساعته، أو بعد حين، أما عندهما، لا يشكل، وكذلك عند أبي حنيفة؛ لأن عنده: الخلط يوجب زوال الملك بشرط الضمان، والضمان هاهنا متعذِّرٌ؛ لأن خمر المسلم لا يضمن بالإتلاف، فصار كما لو انصبَّ خلُّه في خمره لا بصُنعه، وثَمَّةَ يكون مشتركًا بينهما على قدر كيلهما، كذلك هاهنا.

فإن استهلكه الغاصب، ينبغي أن يكون ضامنًا عند الكل على هذا القول.

وذكر في «المنتقىٰ» ما يُؤيِّد هذا، فقال: رجل صب في خمر إنسان خلًّا، فصارت كلها خلًّا، وهما نصفان، فإن صاحب الخمر يأخذ نصف الخلِّ[1].

وأما الفصل الثاني: إذا غصب جلد ميتة فدبغه، إن دبغه بشيء لا قيمة له، فهو للمالك، يأخذه بغير شيء؛ لأنه ليس للغاصب فيه عينُ مالٍ قائمٍ، فكان الدبغ بمنزلة غسل الثوب النجس، فإن استهلكه الغاصب، يضمن قيمته مدبوغًا؛ لأنه استهلك مالاً متقوِّمًا خالصًا للمالك، فيضمن.

---

(١) العبارة في ب (فإن صاحب الخل يأخذ نصف الخل).

وإن دبغه بشيء له قيمةٌ، فلصاحب الجلد أن يأخذه ويُعطيه ما زاد الدبغ فيه؛ لأن الجلد باقٍ على ملكه، وقطع الملك لا يكون إلَّا بشرط الضمان، وإيجاب الضمان هاهنا متعذِّرٌ، وللغاصب فيه عين مال قائم، يمكن تضمينه، فكان للمالك أن يأخذ بالضمان.

بخلاف ما لو غصب ثوبًا فصبغه أحمر، كان لصاحب الثوب أن يتركه عليه ويُضمِّنه قيمته؛ لأن سبب الضمان هو الغصب، والثوب قبل الصبغ كان مالاً متقوَّمًا، فأمكن تضمينه، بخلاف الجلد.

قيل: هذا قول أبي حنيفة، أما على قولهما: له أن يتركه عليه ويُضمِّنه؛ لما نذكر في فصل الاستهلاك بعد هذا.

ثم كيف يُضمِّنه؟ على قولهما: اختلفوا فيه، قال بعضهم: يُضمِّنه قيمة جلد ذَكيٍّ غير مدبوغ، وقال بعضهم: يُضمِّنه قيمة جلد مدبوغ، ويُعطيه ما زاد الدباغ فيه.

استهلك الغاصب الخل والجلد المدبوغ

(**وإن استهلكه الغاصب، لا يضمن في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن قيمة جلد ذَكِيٍّ مدبوغ، ويُحَطُّ عنه ما زاد الدباغ فيه، ويطعي المالك قيمة جلد غير مدبوغ**).

لهما: أن أتلف مالاً متقوَّمًا للمالك، فيضمن، كما لو أتلفه غيره.

ولأبي حنيفة: أن صاحب الجلد استفاد المالية والتقوُّم ببدل استوجبه الغاصب عليه، فكان الغاصب بمنزلة البائع للمالية، والبائع إذا أتلف المبيع قبل التسليم، لا يضمن، فكذلك الغاصب، بخلاف فصل الخَلِّ؛ لأن ثمة الغاصب لم يستوجب شيئًا على المالك، فجاز أن يكون مضمونًا عليه بالاستهلاك.

والفقه فيه: أن مالية الجلد تبعٌ لمالية ما اتصل به من مال الغاصب؛ لأن مال الغاصب كان متقوَّمًا قبل الدبغ، أما الجلد، لم يكن متقوَّمًا قبل الدبغ، ثم مال الغاصب غير مضمون على الغاصب، فكذلك الجلد، لا يكون مضمونًا؛ ولهذا لو هلك في يده، لا يضمن.

وإنما كان للمالك أن يأخذ الجلد ويُعطيه ما زاد الدباغ فيه؛ لأن الجلد[1] وإن لم يكن مضمونًا على الغاصب، فهو مالٌ متقوَّمٌ للمالك، لو استهلكه غير الغاصب، ضمن، فكان بسبيل من الأخذ. [والله تعالىٰ أعلم].

***

(١) العبارة في ب (لأن الجلد مال، وإنما لم يكن ...).

كتَابُ الشُّفْعَة

سبب الشفعة

(لم يذكر محمد رحمه الله تعالىٰ في هذا الكتاب إلَّا مسألةً واحدةً، وذكر شيئًا منها في كتاب البيوع)، ولا بُدَّ من معرفة سبب الشفعة، وشرطها، وما يُؤكِّدها، وحكمها، وبماذا يأخذها، وممن يأخذها، وما يُبطِلها.

أما سببها: الشركة، أو الجوار عند البيع؛ لما روي عن شريح رحمه الله تعالىٰ أنه قال: الخليطُ أحقُّ من الشريك، والشريك أحقُّ من الجار، والجار أحقُّ من غيره[1].

أراد بالخليط: الشريك في نفس البُقعة، وأراد بالشريك: الشريك في الحقوق.

أوجب الشفعة بالشركة، والجوار، وفيه دليلٌ على أن الشفعة على مراتب: الشريك في نفس البُقعة، أولىٰ من الشريك في الحقوق، والشريك [٢١١/أ] في الحقوق أولىٰ من الجار.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنَّفه ٧٨/٨؛ وابن أبي شيبة في مصنَّفه ٥١٩/٤؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٢٤/٤؛ نصب الراية ١٧٦/٤.

وصورة هذا الترتيب: منزلٌ بين رجلين، في دار مشتركة بين أحدهما وبين آخر، والدار في سكَّة غير نافذة، وعلى ظهر هذا المنزل لرجل دار [باب] يأتي تلك الدار في سكة أخرىٰ، فباع أحد الشريكين في الدار نصيبه من المنزل، فالشريك في المنزل أولىٰ؛ لأنه شريكٌ في نفس البُقعة، فإن سَلَّم هو، فالشريك في الدار أولىٰ من الشريك في السكة؛ لأنه شريكٌ في الطريق الخاصِّ، وهو الطريق في الدار، فإن سَلَّمَ هو، فأهل السكة أحقُّ؛ لأنهم شركاءُ في الطريق، فإن سَلَّمَ أهل السكة، فالجار المُلازِق: وهو الذي على ظهر المنزل، أولىٰ، وهذا الترتيب مذهب علمائنا.

وعلى قول الشافعي: لا شفعة للشريك فيما لا يُقسَّم، نحو الحمام والبئر[1].

والصغير والكبير، والذكر والأنثىٰ، والحرُّ والمملوك، والمسلم والكافر، في الشفعة سواء؛ لاستوائهم في السبب، وهو الشركة والجِوار.

ولو جعل داره مسجدًا، أو وقفها وقفًا مسجَّلاً، فبِيْعت دارٌ بجنبه، لا يستحق الشفعة؛ لأن المسجد والوقف المسجَّل، كالزائل عن ملكه، فلا يستحق به الشفعة.

شرائط الشفعة

وشرائطها: كون المحل عقارًا، عُلُوًّا كان أو سُفلاً، يحتمل القسمة، كالدار والبيت [والبستان]، أو لا يحتمل كالحمام والبئر.

ويشترط أن يكون مملوكًا ببدل هو مال؛ لأن الشفعة لا تثبت إلَّا في العقار، والمحال شروط.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٤٤٨.

وقال ابن أبي ليلىٰ: تجب الشفعة في المنقول للشريك[١]، والصحيح مذهبنا؛ لأن القياس يأبىٰ ثبوت حق الشفعة، وإنما عرفناها نصًّا، والنصوص قد وردت في العقار.

ويشترط أن يكون مملوكًا بالمال بالبيع، أو بالإقالة، والهبة بشرط العوض إذا اتصل بها قبض البدلين، والصلح عن المال، والردِّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء.

ولا تثبت في المهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، والأجر، والميراث، والهبة، والوصية، والقسمة بقضاء، أو بغير قضاء؛ لأن حق الشفعة عُرِف بخلاف القياس بالبدل الذي قام على المشتري، فلا تثبت في غيره.

ولا تثبت بالبيع الفاسد، وإن اتصل القبض به، ما لم ينقطع حق البائع في الاسترداد بالبناء ونحوه؛ لأن البيع الفاسد مستحق النَّقْض، وفي الأخذ بالشفعة تغريرٌ، فإذا بطل حق الاسترداد، ثبت حق الشفعة.

ولا تثبت في البيع بشرط الخيار للبائع ما لم يسقط خياره؛ لأن خيار البائع يمنع زوال العين[٢] عن ملكه، وتثبت إن كان الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البائع، وحق الشفعة يتعلق بالزوال لا بالثبوت.

تتأكد الشفعة بالطلب وأنواعه:

وتتأكَّد الشفعة بالطلب، حتى لو ترك الطلب، بطلت شفعته، والطلب ثلاثة: طلب المواثَبة، وطلب الإشهاد، وطلب التمليك.

---

(١) في ب (المشترك).

(٢) في ب (المبيع).

أما طلب المُواثَبة، فقد اختلف العلماء في مقدار مدته في ظاهر الرواية، وهو قول عامَّة العلماء: يشترط على فَوْر علمه بالشراء، حتى لو سكت هُنَيْهَةً، بطل.

وروىٰ هشام عن محمد: أنه يتوقَّت بمجلس علمه، إن طلب في مجلس علمه، يتأكَّد حقه، وإن قام عن مجلسه بطل، وهو اختيار الكرخي.

وفي قول ابن أبي ليلىٰ والشافعي: يتوقَّت بثلاثة أيام، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**الشفعة لمن واثبها**»[١]، أي: لمن طلبها على وجه [المسارعة والمبادرة]، وذلك فيما قلنا.

فإن أخبره بالبيع رجلان، أو رجلٌ عَدْلٌ، أو رجلٌ وامرأتان، ولم يطلب، بطلت شفعته في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه: إذا أخبره بذلك صغيرٌ أو كبيرٌ، ذكرٌ أو أنثىٰ، ولم يطلب، بطلت شفعته، وقد ذكرنا الخلاف في كتاب الوكالة.

واختلفوا في لفظ هذا الطلب، قال بعضهم: يقول: طلبت الشفعة، وأنا طالِبُها، وأطلبها.

وعند بعضهم يقول: أطلب الشفعة، وآخذها، ولا يقول: طلبتُ، وأخذتُ؛ لأنه كِذْبٌ.

وقال بعضهم: يقول: طلبتُ وأخذتُ، كما يقول: بعتُ واشتريتُ، ولا يقول: أطلب وآخذ؛ لأنه عِدَةٌ.

---

(١) أورده الزيلعي وقال: «غريب، وأخرجه عبد الرزاق في مصنَّفه من قول شريح ...»، نصب الراية ١٧٦/٤؛ والشيباني في الحجة من قول شريح ٩٣/٣.

وقال بعضهم: بأي لفظ طلب بالماضي أو بالمستقبل، يصح، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر، والشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل.

وبعد طلب المواثبة، يحتاج إلى طلب الإشهاد؛ لأنه عسىٰ يحتاج إلى أن يثبت طلبه عند القاضي، ولا يُمكِنه ذلك إلَّا بالشهود، حتى لو كان طلب المواثبة بحضرة الشهود، لا يحتاج إلى طلب الإشهاد، وهذا الطلب لا يصح إلَّا بحضرة المشتري أو البائع، والدار في يده أو عند الدار المشفوعة؛ لأن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد المشهود عليه، والمشهود به: وهو الدار، فإذا علم [٢١٠/ب] الدار أو البائع أو المشتري، والمَقْضيُّ له معلوم: وهو الشفيع، ترجَّح جانب العلم، فيصح، وإن ذكر حدود الدار كان أولىٰ؛ لأنه أبلغُ في التعريف.

ثم الإشهاد يصح على المشتري، سواء كانت الدار في يده، أو لم تكن؛ لأن الأخذ بالشفعة استحقاق على المشتري، فصح الإشهاد عليه، ولا يصح على البائع إذا لم تكن الدار في يده؛ لأن الدار إذا كانت في يد المشتري، فالأخذ بالشفعة لا يكون استحقاقًا على البائع؛ ولهذا لا يرجع إليه العُهدة، بخلاف ما إذا كانت الدار في يده.

ولفظ طلب الإشهاد أن يقول: كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك، ومدة طلب الإشهاد مقدرَّةٌ بالتمكُّن، حتى لو تمكَّن من طلب الإشهاد عند البائع، أو المشتري، أو الدار، ولم يطلب، بطلت شفعته.

فإن ذهب إلى الأبعد من هذه الأشياء الثلاثة، وترك الأقرب، فإن كان أحد هذه الأشياء في مصر آخر، أو في رُستاق من رَساتيق المصر، فقصد الأبعد، وترك الأقرب في المصر، بطلت شفعته قياسًا واستحسانًا؛ لأنه ترك الطلب مع التمكُّن.

وإن كان الكل في مصر واحد، القياس: أن تبطل شفعته؛ لِمَا قلنا، وفي الاستحسان: لا تبطل؛ لأن المصر مع تباعد أطرافه، كمكان واحد، فلا تبطل شفعته، إلَّا إذا مَرَّ على الأقرب ولم يطلب.

وإذا طلب، طلب المواثبة والإشهاد، وأبىٰ المشتري أن يُسلِّم إليه الدار، فلم يرفع الأمر إلى القاضي، فإن كان ترك المرافعة بعُذر من مرض أو حبس، ولم يُمكِنه التوكيل، لا تبطل شفعته؛ لأنه معذورٌ.

وإن فعل ذلك من غير عذر، ذكر في الكتاب: أنه على شفعته، وإن طال الزمان، قيل: هذا قول أبي حنيفة.

وعن محمد روايتان: في رواية: قدَّره بشهر، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرىٰ عن محمد: أنَّه قدَّره بثلاثة أيام، وفي رواية: قدَّره بشهر وثلاثة أيام، والفتوىٰ على التقدير بشهر.

وإذا رفع الأمر إلى القاضي، فإن كانت الدار في يد البائع، يشترط حضرة البائع والمشتري؛ لأن الملك للمشتري، واليد للبائع، والشفيع يطلبهما جميعًا، فيشترط حضرتهما، وإن كانت الدار في يد المشتري، يكتفىٰ بحضرة المشتري؛ لاجتماع الملك واليد له، وإن كان المشتري اشتراه لغيره بأمره، وقبض، فهو خصمٌ للشفيع، يكتفىٰ بحضرته ما دامت الدار في يده؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، وبعدما سلَّمها إلى الموكِّل، فالخصم هو الموكِّل؛ لأن اليد صار للآمر.

ثبوت الملك للشفيع بعد الطلب

ولا يثبت الملك للشَّفيع بعد الطلب إلَّا بقضاء، أو التسليم عن رضا، حتى لو بِيْعَت دار أخرىٰ بجنب الدار المشفوعة، ثم قضىٰ القاضي للشفيع بالشفعة في الدار، أو سَلَّمَ المشتري، لم يكن له أن يأخذ الدار الثانية بالشفعة؛ لانعدام الشركة والجِوار وقت بيع الدار الأخرىٰ.

وكذا لو مات الشفيع قبل أن يقضي القاضي له بالشفعة، أو باع داره التي بها يستحق الشفعة، بطلت شفعته.

وإنما لا يثبت له الملك قبل القضاء؛ لأن المشتري ملكها بالشراء، وملك الإنسان لا يزول إلَّا بقضاء أو رضا.

وإذا توجَّه القضاء للشفيع، ذكر في الأصل ما يدُلُّ على أن القاضي يقضي له من غير إحضار الثمن، وعن محمد، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يقضي ما لم يحضر الثمن؛ لأن الشفيع عسىٰ يكون مفلسًا، فلو قضىٰ القاضي له بالدار، يتضرَّر به المُقْضَىٰ عليه.

وإذا قضىٰ القاضي للشفيع، أو سَلَّم المشتري، يثبت بينهما أحكام البيع: من خيار الرؤية، وخيار العيب، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق؛ لوجود معنىٰ البيع: وهو تمليك المال بالمال؛ إلَّا أن الشفيع لا يرجع بضمان الغَرور، حتى لو بنىٰ في الدار المشفوعة، ثم استحقت الدار، وأمر بنَقْض البناء، كان له أن يرجع بالثمن على مَنْ أخذ منه الدار بالشفعة، ولا يرجع بقيمة البناء في المشهور من الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه يرجع، ويرجع المشتري بذلك على البائع؛ لأن البائع لمّا باع عن طَوْعٍ، فقد التزم صفة السَّلامة [للمشتري، فصار المشتري مغرورًا من جهته عند الاستحقاق، وأما المقضىٰ عليه بالشفعة لم يلتزم صفة السَّلامة][1] للشفيع، فلا يرجع عليه بضمان الغَرور.

فإن أخذها الشفيع من البائع، كانت العُهدة على البائع؛ لتحوُّل الصفقة إلى الشفيع، وإن أخذها من المشتري، كانت العُهدة على المشتري، كما لو اشتراه منه، ويأخذها الشفيع بالثمن الذي اشتراه المشتري، إن كان الثمن من ذوات الأمثال، نحو المكيل والموزون، والعددي المتقارب. [٢١٢/أ]

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ب، د.

وإن لم يكن من ذوات الأمثال، نحو العُروض والحيوان، يأخذها بقيمة العُروض.

فإن كان الثمن مؤجَّلاً، فالشفيع بالخيار: إن شاء تربَّص حتى يَحُلَّ الأجل، فيأخذها بذلك الثمن، ولا تبطل شفعته بهذا التأخير؛ لمكان العذر، وإن شاء عجّل الثمن، ويأخذها في الحال، وليس له أن يأخذها في الحال بالثمن المؤجَّل؛ لأن التأجيل كان بعارضِ شرطٍ جرىٰ بين البائع والمشتري، فلا يظهر في حق الشفيع.

تصرفات المشتري في الدار

فإن كان المشتري زاد البائع في الثمن، لا تظهر الزيادة في حق الشفيع؛ لأن الشفيع استحق الأخذ بالثمن الأول، فلا يبطل بإبطال المشتري، أَلَا ترىٰ أن المشتري لم ينقض العقد بما هو فسخ من كل وجه، كالرد بخيار الرؤية، والشرط، والعيب بعد القبض، بقضاء القاضي، لا يظهر في حق الشفيع، ولا يبطل حقه، فكذلك بالزيادة.

وإن حَطَّ البائع شيئًا من الثمن، كان للشفيع أن يأخذها بما وراء المحطوط؛ لأن الحط يلتحق بحالة العقد، وليس في الحط إبطال حق الشفيع، بخلاف الزيادة.

ولو تصرَّف المشتري في الدار المشتراة قبل أخذ الشفيع: بأن وهبها وسَلَّم، أو تصدَّق بها، أو آجرها، أو جعلها مسجدًا وصلىٰ فيها، أو وقفها وقفًا مسجَّلاً، أو جعلها مقبرةً ودُفِن فيها، فللشفيع أن يأخذها وينقض تصرُّف المشتري؛ لأن حق الشفيع سابقٌ على حق المشتري.

وإن باعها المشتري من غيره، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بالبيع الأول، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني.

وإن غرس فيها كرمًا، أو شجرًا، أو بنىٰ فيها بناءً، أو غرس رَطَبةً، فللشفيع أن يَقْلَع، ويأخذ بالشفعة؛ لِمَا قلنا.

وإن كان زرع فيها زرعًا، فالقياس: يَقْلَع الزرع، وفي الاستحسان: يترك، ولا يأخذها بالشفعة، حتى يُحصَد الزرع؛ لأن للزرع غايةٌ معلومةٌ، والتأخير إلى غايةٍ معلومةٍ، لا يكون إبطالاً، فيُؤخَّر؛ نظرًا لهما جميعًا.

أما الكرم، والشجر، والبناء، ليس له غايةٌ معلومةٌ، ولو أخَّرنا بالشفعة، كان إبطالاً لحق الشفيع.

وإن اشترىٰ أرضًا فيها زرعٌ يزرعه، فللشفيع أن يأخذ الأرض والزرع جميعًا بالثمن الذي اشتراه المشتري؛ لأنَّ الزرع وإنْ كان أصلاً من حيث إنَّه مال مقصود، لا يبقىٰ على التأبيد في الأرض، فهو تبعٌ من حيث إنَّ قراره على الأرض، فقلنا: بأنه لا يدخل في البيع من غير ذكر اعتبار الجانب الأصالة، وللشفيع أن يأخذها مع الأرض إظهارًا لجهة التبعية.

ولو هدم المشتري بناءً كان فيها، أو قلع شجرًا، يُقسَّم الثمن على الأرض وعلى قيمة البناء، فيأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن؛ لأن البناء والشجر وإن كان تَبَعًا [حتىٰ] يدخل في البيع من غير ذكر، فقد صار أصلاً بالتناول، فصار له قِسْطٌ من الثمن، حتىٰ لو احترق أو انهدم، وأراد الشفيع أن يأخذ الأرض، يأخذها بجميع الثمن؛ لأن البناء لم يَصِرْ أصلاً، فلا يكون له قِسْطٌ من الثمن.

بطلان الشفعة

وتبطل الشفعة بالتسليم بعد البيع، قبل القضاء أو بعده، وكذا إذا ساومه، أو سأله التولية، أو استأجرها، أو أخذها مزارعةً، وأخذ النخيل معاملةً؛ لأنه حقٌّ ضعيفٌ يحتمل الإسقاط، فيسقط إذا أسقطه بعد الوجوب، وهذه التصرُّفات دلالة الإسقاط.

وإن سلَّم الشفعة قبل البيع، لا يصح تسليمه؛ لأنه إسقاطٌ قبل الوجوب، وإن سلَّم بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع، يصح تسليمه؛ لأنه إسقاطٌ بعد الوجوب، فيستوي فيه العلم والجهل، كالطلاق.

وإن ساومه وهو لا يعلم بالبيع، لا تبطل شفعته؛ لأنه ليس بإسقاط صريحًا، بل هو دلالةُ الإعراض، فيتوقَّف على العلم.

فإن صالح من الشفعة على مال، بطلت شفعته، ولا يجب المال؛ لأنه حقٌّ ضعيفٌ، فلا يصح الاعتياض عنه.

ولو قال: سلَّمت الشفعة في النصف، بطلت شفعته؛ لأن تسليم الشفعة لا يتجزَّأ: لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض، وذكر بعض ما لا يتجزَّأ، كذكر الكُلِّ.

وكذا لو قال للمشتري: أعطني نصفها على أن أُسلِّم لك النصف، بطلت شفعته في قول محمد؛ لِمَا قلنا، وعن أبي يوسف: لا تبطل، وتسليم النصف لا يكون تسليمًا للكل في قوله.

ولو أُخبِر الشفيع: أن المشتري فلان ابن فلان، فسَلَّم الشفعة، ثُمَّ ظهر أن المشتري كان غيره، كان له الشفعة؛ لأن الإنسان قد يرضىٰ بجِوار زيد، ولا يرضىٰ بجِوار عمرو، وكذا لو أُخبِر أنه باع النصف، فسلَّم الشفعة، ثم ظهر أنه باع الكل؛ لأن الإنسان قد يرغَب في الكُلِّ ولا يرغَب في النِّصْفِ. [٢١١/ب]

ولو أُخبِر: أنه باع الكل فسلَّم، فظهر أنه باع النصف، بطلت الشفعة؛ لأن الشركة في الدار عيبٌ، فإذا بطلت الشفعة عند عدم العيب، فعند العيب أولىٰ.

قالوا: تأويل هذا: إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، أما إذا أُخبِر بشراء الكل بألف، فسلَّم، ثم علم أنه كان اشترىٰ النصف بخمسمائة، لا تبطل شفعته؛ لأنه عسىٰ لا يجد ثمن الكل، ويجد ثمن النصف.

ولو أُخبِر: أنه باع بألف درهم، فسلَّم، ثم علم أن الثمن أقل من ألف درهم، لا تبطل شفعته؛ لأن الإنسان يرغَب بالثمن القليل، ولا يرغَب بالكثير.

ولو أُخبِر: أنه باعها بحنطة، فسلَّم، ثم ظهر أنه باع بشعير أو بشيء آخر مما يكال أو يُوزَن، كان على شفعته؛ لأنَّه قد يتيسَّر[1] عليه صنفٌ دون صنفٍ.

ولو أُخبِر: أنه اشتراها بالدراهم، فسلَّم، ثم ظهر أنه كان اشتراها بدنانير، وقيمتها مثل تلك الدراهم أو أقل، ذكر الكرخي: أنه تبطل شفعته؛ لأنها جنسٌ واحدٌ من حيث الثَمَنِيَّة، فالتَّسْلِيم بأحدهما يكون تَسْلِيمًا بالآخر.

ولو أُخبِر: أنه باعها بعبد قيمته ألف درهم، فسلَّم، فإذا قيمته أكثر من الألف، بطلت شفعته، وإن كانت قيمته أقل من الألف، لا تبطل؛ لأن الثمن إذا كان من ذوات القيمة، يأخذها الشفيع بقيمته، والقيمة تكون من الدراهم والدنانير، فإذا سلَّم بألف، فظهر أن قيمته كانت أكثر من الألف، بطلت شفعته، وإن ظهر أن قيمته كانت أقل من الألف، لا تبطل شفعته.

وفي الدار الواحدة، والأرض الواحدة، ليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض؛ لأنه تشقيصٌ.

مسائل الكتاب: خمسة اشتروا دارًا، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم

وأما المسائل التي ذكرها محمد في الكتاب، قال: (**خمسة اشتروا دارًا من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها رجل من خمسة، أخذها كلها، أو تركها**)؛ لأن في الصورة الأولىٰ: الصفقة وقعت متفرقةً على كل واحد منهم، فإذا أخذ نصيب أحدهم، فقد تملَّك عليه جميع ما اشترىٰ، فلا يتضرَّر به المشتري ضرر التشقيص، حتى لو كان ذلك قبل نقد الثمن، وأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم بحصته من الثمن، لا يملك ذلك؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع.

---

(١) في ب (يتعذَّر).

أما إذا اشتراها واحدٌ من خمسة، فالصفقة وقعت جملةً في حق المشتري، فلو أخذ نصيب أحدهم، كان فيه تفريق الصفقة على المشتري، وتشقيص ملكه، والشفعة شُرِعت لدفع ضرر الدَّخيل، فلا تُشرَع على وجه يتضرَّر به الدَّخيل ضررًا زائدًا [سِوَىٰ] أخذ الدار منه.

وتُقسَّم الشفعة عندنا على عدد الرؤوس، لا على قدر الأنصباء، والمسألة معروفة.

اشترى أرضًا ونخلاً فيها تمر

(رجل اشترىٰ أرضًا ونخلاً فيها تمرٌ، أخذ الشفيع جميع ذلك بالثمن إن شاء، وإن شاء ترك).

أراد بذلك: إذا ذكر الثمن في البيع، أما إذا لم يذكر، في القياس: يدخل التمر في البيع، وفي الاستحسان: لا يدخل.

وجه القياس: أنه من أجزاء الشجر، والشجر تدخل في البيع من غير ذكر، فكذلك ما كان من أجزائه.

وجه الاستحسان: قوله عليه الصلاة والسلام: «**من باع نخلاً مؤبَّرةً، فثمرها للبائع، إلَّا أن يشترط المبتاع**»[1]؛ ولأنها تنفصل ولا تبقىٰ زمانًا، فكان أصلاً من هذا الوجه، فلا تدخل في البيع من غير ذكر.

وإذا شرطا في البيع، ثم حضر الشفيع، إن كان التمر على النخيل، أخذ الكل بجميع الثمن؛ لأنه ما دام متصلاً بالشجر، كان تبعًا للأرض، فكان حكمه حكم الأرض.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٦٧)؛ ومسلم (١٥٤٣)؛ ومالك عن ابن عمر مرفوعًا في الموطَّأ (١٢٧٩)؛ وأحمد في المسند ٦/٢.

فإن قطع المشتري، ثم حضر الشفيع، فإنه لا يأخذ التمر؛ لأنه صار نقليًّا، وزالت التبعية، والشفعة لا تثبت في النقلي، وتأخذ الأرض بحصتها من الثمن إن شاء، وتسقط حصة الثمار من الثمن؛ لأن التمر كان موجودًا وقت العقد، وكان له قسطٌ من الثمن، وكذا لو سقطت عند المشتري بآفة سماوية.

ولو لم يكن فيها ثمرٌ وقت البيع، فأثمرت عند البائع، ثم حضر الشفيع، أخذ الكل بجميع الثمن؛ لأن التمر تبعٌ، وقد تعدىٰ إليه التبع وإن سقطت الثمار بآفة سماوية [لا] يسقط شيءٌ من الثمن؛ لأنها تبعُ محضٍ ليس لها قِسْطٌ من الثمن.

ولو حضر الشفيع بعدما جَذَّ الثمار، لا يأخذ الثمر؛ لِمَا قلنا، وتسقط حصتها من الثمن؛ لأنها صارت مقصودةً بالجَذَاذِ، فصار لها قِسْطٌ من الثمن.

وإن أثمرت عند المشتري ثم حضر الشفيع، أخذ الكل؛ لأنَّ الثمر تبع محض، فيتعدىٰ إليه حكم الأصل، فإن كان جذَّها المشتري، أخذ الشفيع الأرض [٢١٣/أ] بجميع الثمن إن شاء؛ لأن الثمر حدث بعد القبض، فلم يكن له قِسْطٌ من الثمن.

اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البائع ثم حضر الشفيع

رجل اشترىٰ نصف دار غير مقسومة، فقاسمه البائع، ثم حضر الشفيع، أخذ النصف الذي صار للمشتري، أو يَدَعُ، وليس له أن ينقض القسمة؛ لأن القسمة في غير المكيل والموزون، إقرارٌ وقبضٌ لغير الحق من وجه، ومبادلةٌ من وجه، والشفيع يملك نقض المبادلة التي يحدثها المشتري، ولا يملك نقض القبض؛ ولهذا ليس له أن ينقُض قبض المشتري؛ ليعيد العُهدة على البائع؛ لأن القبض بجهة البيع، له حكم البيع، فكما لا يملك نقض البيع الأول، لا يملك نقض القبض الموجود بجهة البيع.

فلَمَّا كانت القسمة مبادلةً من وجه، قبضًا من وجه، فمن حيث إنَّها قبضٌ، لا يملك الشفيع نقضها، ومن حيث إنَّها مبادلةٌ، يملك، فلا يملك نقضها بالشك.

وإن قاسم شريك البائع، كان للشفيع أن ينقض تلك القسمة؛ لأن هذه القسمة لم تَجْرِ بين العاقدين، فلا يمكن جعلُها قبضًا بحكم العقد، فجعلت مبادلةً، وللشفيع أن ينقُض المبادلة.

اشترى دارًا فقال الشفيع: اشتراها بألف وقال المشتري: بألفين

(رجل اشترىٰ دارًا، فقال الشفيع: اشتراها بألف، وقال المشتري: اشتريتها بألفين، فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدَّعِي عليه حق التملُّك بألف، وهو ينكر، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع).

وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري؛ لأنها أكثرُ إثباتًا.

ولهما: أن العمل بالبينة واجبٌ ما أمكن، وإنما يصار إلى الترجيح إذا تعذَّر العمل بالكل، والعمل بالبينتين ممكن، بأن يَجعَل كأنه اشتراها بألف، ثم اشتراها بألفين، فكان للشفيع أن يأخذ بأي البيعين شاء؛ ولأن البينة حجةُ المدعي، والشفيع شبيهٌ بالمدعي؛ لأن المدعي من لو ترك يترك، والشفيع بهذه الحالة، بخلاف المشتري، فكانت بينته أولىٰ.

وإن اختلف البائع معهما، والدار في يد البائع، أو في يد المشتري، ولم ينقد الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه، ويتحالفان، ويترادَّان، ويأخذ الشفيع بما قال البائع؛ لأن الثمن حق البائع، فصح إقراره.

(رجل باع دارًا، وله عبدٌ مأذونٌ له عليه دين، هو شفيعها، كان له أن يأخذها بالشفعة، وكذا لو كان العبد هو البائع، ومولاه شفيعها، كان له أن يأخذها بالشفعة)؛ لأن المولىٰ لا يملك أكساب عبده المأذون المديون عند

أبي حنيفة، وعندهما: يملك الرقبة، ولا يملك التصرُّف، فكان بمنزلة الأجنبي؛ ولأن الأخذ بالشفعة، بمنزلة الشراء، وشراء كل واحد منهما من صاحبه، جائز.

لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية

(ولا شفعة في قسمة، ولا خيار رؤية).

أما لا شفعة في القسمة، سواء كانت بقضاء أو بغير قضاء؛ لأن القسمة ليست بمبادلة من كل وجه؛ ولهذا يجري فيها الجبر، وحق الشفعة يختص بالمبادلة؛ لِمَا قلنا.

وقوله: ولا خيار رؤية، رُوِي بروايتين: بكسر الراء، وفتح الراء، فإن كانت الرواية بالفتح، معناه: لا يثبت خيار الرؤية في القسمة، كما لا تثبت الشفعة في القسمة، وليس كذلك، فإن محمدًا أثبت خيار الرؤية في القسمة، ونَصَّ عليه في كثير من الكتب، إلَّا أنْ تكون التركة مكيلاً أو موزونًا، فاقتسموها، فإنه لا يثبت خيار الرؤية في هذه القسمة؛ لأنه لو ردّ القسمة بخيار الرؤية، يحتاج إلى القسمة مرّة أخرىٰ، فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولىٰ، أو مثله، فلا يفيد خيار الرؤية.

أما لو كانت التركة عقارًا، أو شيئًا آخر من ذوات القِيَم، فقسمته بينهم تثبت فيها خيار الرؤية؛ لأنه لو ردَّ بخيار الرؤية واقتسموها ثانيًا، فربما يقع في نصيبه ما يوافقه، فيفيد خيار الرؤية.

والصحيح: هي الرواية بكسر الراء، ومعناه: أن الشفعة [كما] لا تثبت في القسمة، لا تثبت في الردِّ بخيار الرؤية، حتى لو سَلَّمَ الشفعة بعد البيع، ثم أن المشتري ردَّه بخيار الرؤية، لا تتجدَّد له الشفعة؛ لما ذكرنا: أن الشفعة تختص بالمعاوضة، والردُّ بخيار الرؤية فسخٌ من كل وجه، وليس ببيع؛ ولهذا ينفرد به المشتري، بخلاف الإقالة؛ لأنها لا تَتِمُّ بأحدهما، فكانت بيعًا جديدًا في حق الثالث.

تسليم الأب والوَصِيِّ الشفعة على الصغير

(تسليم الأب والوَصِيِّ الشفعة على الصغير جائز، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يصح تسليمهما، حتى لو بلغ الصغير)، لا يكون له أن يأخذ بالشفعة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول محمد وزفر، كان له أن يأخذ.

وإن سكتا عن الطلب، فهو على هذا الخلاف، ذكره الكرخي في «مختصره».

لمحمد وزفر: أنها يتصرَّفان بحكم النظر، ولا يملكان إبطال حقه، كما لا يملكان إعتاق عبده، وإبراء غريمه. [٢١٢/ب]

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن تسليم الشفعة، وترك الطلب، امتناعٌ عن الشراء للصغير.

ولو قال رجل: بِعْتُ هذا من فلان الصغير بكذا، كان للأب والوصي أن لا يقبلا؛ لأنهما يتصرَّفان بحكم النظر، وربما يكون النظر في إبقاء الثمن على ملكه.

(والشريك في الطريق أحقُّ بالشفعة من الجار)، وقد ذكرنا هذا الترتيب في صدر الكتاب، ثم قال: **(والشريك بالخشبة التي يكون على حائط الرجل، فهو جارٌ)**، أراد به أنه إذا كان له حق وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئًا من رقبة الحائط؛ لأنه لا حق له في نفس المبيع، إنما له حق شغل الحائط، فكان جارًا مُلازِقًا، فيكون مؤخَّرًا عن الشريك في الطريق. [والله تعالىٰ أعلم].

كِتَابُ
المُزَارَعَةِ

دفع أرضًا مزارعة بالثلث، فسقاها وكراها، ولم يخرج شيئًا

قال: دفع أرضًا مزارعةً بالثلث، فسقاها وكراها، ولم يخرج شيئًا، فله أجر مثله.

(المزارعة فاسدةٌ في قول أبي حنيفة وكذا المعاملة)، وقال أبو يوسف ومحمد: هما جائزان، والفتوىٰ على قولهما.

وقال الشافعي: المعاملة جائزةٌ، والمزارعة فاسدةٌ، إلَّا أن تكون تبعًا للمعاملة، ولا تجوز المعاملة عنده إلَّا في النخل والكَرَم.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز في كل شجر، وفي الرِّطاب أيضًا.

لهما: ما رُوي: «**أنَّ النبي عليه الصَّلاة والسَّلام، دفع النخيل إلى أهلها معاملةً بالشَّطْر، والأراضي مزارعةً**» [في فتح خيبر][1]، وبها جرىٰ التعامل من لَدُن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، والقياس: بترك التعامل.

والشافعي يقول: جوازُ المزارعة عُرِفَ بحديث خيبر، وثمة كانت المزارعة تبعًا للمعاملة[2].

---

(١) يقصد به: حديث (عامل النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من تمر أو زرع). والحديث متَّفق عليه.

(٢) انظر: المهذب ٣/٥٠٨.

ولأبي حنيفة: ما روي عن النبي عليه الصَّلاة والسَّلام: «**أنه نهىٰ عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة**»[1].

والمحاقلة هنا: المزارعة، وقيل: هي بيع الحنطة في سُنْبُلِها بالبُرِّ.

والمُزَابَنَة: بيع التمر على رؤوس النخيل بالتمر.

والمخابرة: هي المعاملة، وقيل: هي المزارعة بلُغَة أهل المدينة.

وعن رافع بن خديج: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم مرَّ بحائط، فأعجبه، فقال: «**لمن هو؟**»، فقلت: لي يا رسول الله! استأجرته، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا تستأجره بشيء منه**»[2].

تعريف المزارعة وجه الخلاف فيها

والمزارعة: استئجار الأرض بشيء من الخارج؛ ولهذا يشترط لها بيان المُدَّة عند الكل، وبيان المُدَّة يُختصُّ بالإجارات لا بالشَرَكات، وأنها استئجارٌ بأجر معدوم على خَطَر مجهول القدر، واستئجار العامل ببعض ما يحصل بعمله، وكل ذلك حرام.

وحديث خيبر محتمل، يحتمل: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم منَّ عليهم، وكان ما يأخذ منهم خِراجَ المُقَاسَمة.

ثم قال أبو حنيفة: وفي قياس قول مَنْ يُجيز المزارعة، لا تجوز حتى تكون الأشياء كلها، يعني: البذر، وآلات العمل من قبل المُزارِع، فيكون هو مستأجرًا للأرض، أو يكون الكل من قبل صاحب الأرض، فيكون هو مستأجرًا للعامل.

ثُمَّ إذا جازت المزارعة عندهما: لا بُدَّ من معرفة أصولها وشرائطها.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٧٤، ٢٠٧٥)؛ ومسلم (١٥٣٦).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٤/٢٦٣.

أصولها ثلاثة

وأصولها ثلاثة: منها: أنه يجوز استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج، ولا يجوز استئجار البقر؛ لأنه استئجارٌ بأجر مجهول، فلا يجوز قياسًا، ولا نصّ فيه.

والثاني: من كان البذر من قِبَلِهِ، فهو مستأجرٌ، فإن كان البذر من صاحب الأرض، فهو مستأجرٌ للعامل، وإن كان البذر من قِبَلِ العامل، فهو مستأجرٌ الأرض؛ لأن صاحب البذر إنما يستحق الخارج؛ لأنه نَماء ملكه، أما الأجر، إنما يستحقه إما عوضًا عن منفعة الأرض، أو عن العمل، فكان صاحب البذر مستأجرًا.

والثالث: أنه يجوز اشتراط البقر على صاحب الأرض إن كان البذر منه، ولا يجوز إذا كان البذر من قبل العامل؛ لأن في الوجه الأول: صاحب الأرض استأجر العامل ليعمل [له بآلات] المستأجر، فيجوز، أما إذا كان البذر من قبل العامل، فالعامل يكون مستأجرًا للأرض والبقر بشيء من الخارج، والاستئجار بشيء من الخارج لا يجوز، ولا يُجعَل البقر تبعًا للأرض؛ لأن منفعة البقر تُخالِف منفعة الأرض.

واشتراط البقر على العامل جائزٌ، سواء كان البذر من قِبَلِه أو من قبل صاحب الأرض، أما إذا كان البذر من قبل العامل؛ فلأنه مستأجر الأرض، وأما إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض؛ فلأن صاحب الأرض يكون مستأجرًا للعامل ليعمل [العامل] بآلات نفسه، فيجوز، ويُجعَل البقر تبعًا له، كما لو شرط الإبرة على الخياط.



[٢١٤/أ]

وشرائطها ستةٌ: منها: بيان المدة؛ لأنها تنعقد إجارةً، فيشترط التوقيت.

وقال محمد بن سلمة: هذا في بلادهم؛ لأن وقت المزارعة ثمة ليس بمعلوم، أما في بدلانا: وقت المزارعة معلوم، فيجوز، ويقع على أول زرع.

فإن ذكرا وقتًا لا يتمكَّن فيه من الزراعة، لا تَصِحُّ؛ لعدم الفائدة.

بيان من عليه البذر

والثاني: بيان مَنْ عليه البذر؛ لأن حكمها مختلف، فلا بد من البيان؛ لترتيب الحكم.

وقال الفقيه أبو بكر البلخي: يُحكَّم فيه العرفُ في ذلك الموضع، فإن كان العرف مشتركًا، فسدت لِمَا قلنا.

بيان جنس البذر

والثالث: بيان جنس البذر، إذا لم يُفوِّض الأمر على وجه العموم؛ لأن الأجر بعض الخارج، فلا بدّ من إعلامه، فإن لم يُبيِّن والبذر من قبل العامل، فسد العقد، فإذا زرعها، ينقلب جائزًا، كما لو استأجر دابةً للحمل، ولم يُبيِّن ما يحمل عليها، لا يجوز، فإن حمل عليها شيئًا، ينقلب جائزًا، كذلك هاهنا.

بيان نصيب من لا بذر من قِبَلِهِ

والرابع: بيان نصيب مَنْ لا بذرَ من قِبَلِهِ؛ لأنه يستحق الخارج بالشرط، فلا بدّ من البيان.

فإن بيّنا شيئًا، فهو على وجوه ستّة: إما أن يكون الحَبّ والتِّبْن بينهما نصفين، أو التبن لأحدهما والحَبُّ للآخر، أو الحَبّ بينهما والتِّبْن لأحدهما بعينه، أو على العكس، أو شرطا أن يكون التِّبْن بينهما وسكتا عن الحَبِّ، أو على العكس.

ففي الوجه الأول: يجوز، ويكون الحَبُّ والتِّبْن بينهما على ما شرطا، وكذا لو شرطا: أن يكون الخارج بينهما، أو شرطا: أن يكون الزرع والرّيع بينهما، يجوز، فيكون الحَبُّ والتِّبْن بينهما؛ لأن اسم الخارج والزرع يتناولهما.

وإن شرطا: أن يكون التِّبن لأحدهما بعينه، والحبُّ للآخر، لا يجوز؛ لأن هذا شرط يُؤدِّي إلى قطع الشركة؛ لاحتمال أن لا يحصل الحَبُّ، وكل شرط يوجب قطع الشركة، يفسد العقد.

وكذا لو شرط أن يكون التِّبْن بينهما، والحَبُّ لأحدهما بعينه؛ لأن هذا الشرط يقطع الشركة فيما هو المقصود، وهو الحَبُّ.

وإن شرطا: أن يكون الحَبُّ بينهما، والتِّبْن لأحدهما بعينه، فإن شرطا: التِّبن لصاحب البذر، يجوز، وإن شرطا للآخر، لا يجوز.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز على كل حال؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة؛ لاحتمال أن لا يحصل الحَبُّ.

وجه ظاهر الرواية: أن النص ورد بجواز المعاملة، وأنها شركةٌ في الفرع، وهو الثمر دون الأصل، وهو الغِراس، فيجوز مثلها في المزارعة، أما إذا شرط التِّبن لمن لا بذرَ له، فليس له نظيرٌ في المعاملة، فبقي على أصل القياس.

وإن شرطا: التِّبن بينهما، وسكتا عن الحبِّ، لا يجوز؛ لأن المقصود: هو الحَبّ، فالسُّكوت عن المقصود بمنزلة السُّكوت عنهما.

وإن شرطا: أن يكون الحبُّ بينهما، وسكتا عن التِّبْن، في ظاهر الرواية: يجوز، ويكون التِّبن لصاحب البذر، وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز، وهكذا ذكر الطحاوي عن محمد، كما لو سكتا عن الحبِّ.

وجه ظاهر الرواية: ما ذكرنا: أن من لا بذر له، يستحق بحكم الشرط، فإذا لم يوجد الشرط في التِّبن، صار كأنهما شرطا أن يكون الحبُّ بينهما، والتِّبن لصاحب البذر، وذلك جائزٌ على ما ذكرنا.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز، كذلك هاهنا.

وقال بعض المشايخ في هذه الصورة: الحبُّ يكون بينهما، والتِّبن كذلك؛ لمكان العرف، وتحكيم العرف عند الاشتباه، جائزٌ.

الشركة
في الخارج عند حصوله

والشرط الخامس: الشركة في الخارج عند حصوله، فكل ما يقطع الشركة يفسد؛ لأن جواز المزارعة عُرِف بحديث خَيْبَر، وثمة كان الخارج مشتركًا، فإن شرط لأحدهما أقفزةً معلومةً، أو ناحيةً معلومةً من الزرع، لا يجوز؛ لاحتمال أن لا يخرج إلَّا ذلك القدر، فيُؤدِّي إلى قطع الشركة.

وكذا لو شرط لأحدهما شيئًا معلومًا من الخارج، ومعه دراهمُ معلومةٌ، لا يجوز؛ لعدم وُرود الأثر فيه.

التخلية
بين الأرض والعامل

والسادس: التخلية بين الأرض والعامل شرطٌ، كالتخلية بين المال والمضارب، فكل ما يمنع التخلية، كشرط العمل على رب الأرض ونحوه، يمنع الجواز.

فإن شرطا عمل عبدِ ربِّ الأرض، فإن كان البذر من قبل العامل، لا يجوز؛ لأن فيه استئجار العبد بشيء من الخارج، وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، جاز؛ لأن شرط عمل العبد، لا يمنع التخلية؛ لما ذكرنا: أن للعبد يدًا معتبرةً، وإذا جازت المزارعة، كان نصيب العبد لمولاه.

ومِنَ التخلية فَراغُ الأرض عند العقد؛ لأن قيام الشُّغل يمنع التخلية، فإن كان فيها زرعٌ قد نبت، جاز، وتكون معاملةً، وإن كان فيها زرعٌ قد أدرك، لا يجوز؛ لأنه مستغنٍ عن العمل، فتعذَّر تجويزها معاملةً، كما تعذَّر تجويزها مزارعةً.

[٢١٣/ب]

المعاملة
لها شرائط أربعة

أما المعاملة، فلها شرائط أربعة: أحدها: بيان نصيب العامل؛ لِمَا قلنا في المزارعة، فإن بيّنا نصيب الدافع، وسكتا عن نصيب العامل، يجوز استحسانًا، لقوله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١]، بيّن نصيب الأم، وكان بيانًا أن الباقي للأب، كذلك هاهنا، وهكذا تكون في المزارعة.

والثاني: أن يكون الخارج مشتركًا بينهما.

والثالث: التخلية بين الأشجار والعامل؛ لما ذكرنا في المزارعة.

والرابع: بيان المدة أيضًا، فإن لم يذكرا وقتًا، فإن كان في النخل كُفَرِّيٌّ، جاز استحسانًا؛ لأن وقت ابتداء العمل معلومٌ، وهو حالة العقد، ووقت الإدراك معلوم أيضًا، فيجوز أيضًا.

وإن كان العقد في الستا، ولم يكن في النخل كُفَرِّيٌّ، لا يجوز؛ لأن أول الوقت ليس بمعلوم.

فإن دفع أصول باذنجان رطبةً نابتةً معاملةً، فإن كان وقت جزّها معلومًا، يجوز العقد على الجزَّة الأولىٰ، وإن لم يكن معلومًا، فسد العقد.

إذا عرفنا هذا: جئنا إلى المسائل، فنقول:

أوجه المزارعة الجائزة

المزارعة على وجهين: إما أن كان الأرض من أحدهما، أو منهما جميعًا، وكل ذلك على وجهين: إما أن كان البذر منهما، أو من أحدهما.

فإن كان الأرض لأحدهما، والبذر من أحدهما، فهو على وجوه ستة: ثلاثة منها جائزةٌ، وثلاثة منها فاسدةٌ.

الثلاثة الجائزة

أما الجائزة: فمنها: أن تكون الأرض من أحدهما، والبذر والبقر والعمل من الآخر، وذلك جائزٌ؛ لأن صاحب البذر استأجر الأرض ببعض الخارج.

والثاني: أن يكون العمل من أحدهما، والأرض والبذر والبقر من الآخر، وذلك جائز؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج.

والثالث: أن تكون الأرض والبذر من أحدهما، والعمل والبقر من الآخر، وذلك جائزٌ؛ لأنه استأجر العامل ببعض الخارج، والبقر آلة العمل، فكان تبعًا للعامل.

الثلاثة الفاسدة

وأما الثلاثة الفاسدة: فمنها: أن تكون الأرض والبقر من واحد، والبذر والعمل من الآخر، وأنه فاسدٌ؛ لأن صاحب البذر استأجر الأرض والبقر ببعض الخارج، وعن أبي يوسف: أنه يجوز، ويجعل البقر تبعًا للأرض.

ووجه ظاهر الرواية: ما ذكرنا: أن عمل البقر ليس من جنس منفعة الأرض، فلا يُجعَل تبعًا للأرض، بخلاف العامل؛ لأن منفعة كل واحد منهما: العمل، فأمكن جعلُه تبعًا.

والثاني: أن يكون البذر من أحدهما، والباقي من الآخر، وذلك فاسدٌ، وعن أبي يوسف: أنه جائز؛ لمكان التعامل؛ ولأن فيه استئجار العامل والأرض ببعض الخارج، وكلٌّ واحد منهما جائزٌ عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع.

وجه ظاهر الرواية: أن الجواز عُرِف بالأثر، وليس في دفع البذر وحده مزارعةً أثرٌ.

والثالث: أن يكون البذر والبقر من واحد، والأرض والعمل من الآخر، وأنه فاسدٌ؛ لما ذكرنا في دفع البذر وحده، وروي: أن أربعة اشتركوا على أن يكون من أحدهم: البقر، ومن الثاني: البذر، ومن الثالث: الأرض، ومن الرابع: العمل، فلم يُجوِّز رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم[1].

فإن كان الأرض من أحدهما، وشرطا البذر عليهما، فهو على وجهين: إن شرطا أن يكون العمل على غير صاحب الأرض، والبذر منهما، والخارج بينهما نصفان، فهو فاسدٌ؛ لأن صاحب الأرض صار كأنه قال للآخر: ازرع نصف أرضي ببذري، على أن يكون الخارج لي، وازرع نصف أرضي ببذرك، على أن يكون الخارج لك، فهذه مزارعةٌ في نصف الأرض بجميع الخارج، بشرط إعارة نصف الأرض من العامل، وذلك حرامٌ.

---

(١) ذكر الحديث الموصلي في الاختيار، وعزاه للطحاوي في شرح معاني الآثار ٨٧/٣.

وإذا فسدت المزارعة، كان الخارج بينهما على قدر بذرهما؛ لأنه نَماء ملكهما، وما أخذ صاحب الأرض يَطِيْب له، وعلى الآخر [أجر] نصف الأرض؛ لأنه استوفىٰ منفعة الأرض بمزارعة فاسدة، ويطيب له قدر بذره، ويرفع من الباقي أجر نصف الأرض، وما أنفق فيه، ويتصدَّق بالزيادة؛ لأنه ربا زرعه في أرض غيره بعقد فاسد، فيتمكَّن فيه نوعُ خُبْثٍ، ولا يستحق أجر عمله؛ لأنه عمل فيما هو فيه شريكٌ، فلا يستوجب الأجر.

وكذا لو شرطا أن يكون الخارج بينهما أثلاثًا، ثلثاه للعامل، والثلث لرب الأرض، أو على العكس، والفساد فيه أظهر.

وإن شرطا أن يكون البذر منهما، والعمل عليهما، والخارج بينهما نصفان، جاز؛ لأن كل واحد منهما عامل في نصف الأرض ببذره، فتكون إعارةً نصف الأرض من الآجر، لا بشرط العمل في نصيب صاحب الأرض، [٢١٥/أ] بخلاف ما تقدَّم؛ لأن ثمّة كل العمل على غير صاحب الأرض، فكانت إعارةً بشرط العمل في نصيب صاحب الأرض، وذلك فاسد، هذا إذا كان الأرض لأحدهما.

فإن كانت الأرض بينهما، فإن شرطا: أن يكون البذر والعمل من أحدهما، والخارج بينهما نصفان، لا يجوز؛ لأنَّ مَنْ لا بذر منه، يصير كأنه قال للآخر: ازرع أرضك ببذرك، على أن يكون الخارج لك، وازرع أرضي ببذرك، على أن يكون الخارج لي، فيكون مزارعةً بجميع الخارج.

ولو كان البذر من الدافع، والخارج بينهما نصفان، لا يجوز أيضًا؛ لأن صاحب الأرض شرط لصاحبه بمقابلة العمل في نصف الأجر، هبةَ نصف البذر له، أو إقراضَ نصف البذر إياه، وهو فاسدٌ.

فساد المزارعة

وكذا لو شرطا: ثُلُثَي الخارج للعامل، والثُّلُث للدافع؛ لأن صاحب البذر شرط للعامل بمقابلة العمل في نصف الأرض شيئًا من الخارج، وإقراضَ نصف البذر منه.

وكذا لو شرطا: ثُلُثَي الخارج للدافع، والثُّلُث للعامل؛ لأن الدافع شرط لنفسه زيادةَ شيء من الخارج، بمجرد البذر، ودفع البذر وحده مزارعةً لا يجوز.

ولو كان البذر من العامل، فشرطا ثُلُثَي الخارج للعامل، جاز؛ لأن مَنْ لا بذر منه، دفع أرضه مزارعةً ليزرعها العامل ببذره، على أن يكون ثُلُثا الخارج للعامل، وذلك جائز.

ولو كان البذر منهما، والأرض لهما، والعمل على أحدهما، وشرطا: أن يكون الخارج بينهما نصفين، جاز، ويكون غير العامل مستعينًا في نصيبه.

ولو كان الأرض لهما، والبذر منهما، فشرطا للدافع ثُلُث الخارج، وللعامل ثُلُثيه، لا يجوز في أصح الروايتين؛ لأن الخارج نَماء بذرهما، فكان مشتركًا بينهما، فصاحب الثُّلُثين يأخذ الزيادة بحكم العمل، ومن عمل في محل مشترك، لا يستوجب الأجر.

ولو شرطا ثُلُثي الخارج للدافع، لا يجوز أيضًا؛ لأن الدافع شرط لنفسه شيئًا من نصيب العامل من غير أرض ولا بذر ولا عمل.

ولو كان الأرض لهما، وشرط ثُلُثي البذر على الدافع، على أن يكون الخارج بينهما نصفين، لا يجوز؛ لأن الدافع شرط بمقابلة عمله: إقراضَ سُدُس البذر.

ولو شرطا ثُلُثي البذر على العامل، والخارج بينهما نصفان، لا يجوز أيضًا؛ لأن الدافع صار في التقدير كأنه قال للعامل: ازرع أرضك ببذرك، على أن يكون الخارج لك، وازرع أرضي ببذري وبذرك، على أن يكون [كل] الخارج لي، وأنها مزارعةٌ بجميع الخارج، فلا يجوز.

وفي كُلِّ موضع جازت المزارعة، فلم تخرج شيئًا، لا يستحق أحدهما على الآخر شيئًا؛ لأنَّ [حال] جواز العقد المستحق: بعض الخارج، فلا يجب شيء آخر.

إخراج الزرع مع فساد المزارعة

وإن فسدت المزارعة، وقد أخرجت زرعًا كثيرًا، فالخارج لصاحب البذر، وللآخر أجر عمله إن كان عاملاً، وأجر الأرض إن كان صاحب الأرض؛ لأنه لم يَرْضَ بعمله مجانًا، فإذا لم يَسْلَم له المسمّىٰ، كان له أجر المثل، كما في الإجارة الفاسدة.

فإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، طاب له جميع الخارج؛ لأنه نَماء ملكه ربّاه في أرضه، وإن كان البذر من العامل، سَلِم للعامل من ذلك قدر بذره، وما غرم من أجر الأرض والبقر، ويتصدَّق بالفضل؛ لأنه فضل خرج من أرض غيره بعقد فاسد، فيتصدَّق به.

ولو كان العقد فاسدًا، ولم تخرج شيئًا، كان على صاحب البذر أجر صاحبه إن كان صاحبه عاملاً، أو أجر أرضه إن كان صاحب الأرض، كما في المضاربة الفاسدة إذا لم يحصل الربح، كان للمضارب أجر المثل على صاحب المال، ولا يجاوز به المسمّىٰ عند أبي يوسف، وعند محمد: بالغًا ما بلغ، كذلك هاهنا.

دفع المزارع إلى غيره مزارعة فيما قال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك

ولو دفع المُزارِع إلى غيره مزارعةً، وقال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك، جاز؛ لأنه فوَّض إليه على وجه العموم، فيجوز له ذلك، كما لو دفع مالاً مضاربةً وقال: اعمل فيه برأيك، كانَ للمضارب أن يدفع إلى غيره مضاربةً.

وإن لم يقل له ذلك، فإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، كان للعامل أن يعمل فيه بنفسه وأُجرائه، وليس له أن يدفع إلى غيره مزارعةً؛ لأن صاحب البذر رضي بشركته، ولم يَرْضَ بشركة غيره.

فإن دفع إلى غيره مزارعةً، صار غاصبًا للأرض والبذر جميعًا، ومن غصب أرضًا وبذرًا، ودفع إلى غيره مزارعةً، كان الزرع بينهما على ما شرطا، ولرب الأرض مثل بذره، ونقصان أرضه، يُضَمِّنُ أيَّهما شاء. [٢١٤/ب]

وإن كان البذر من قبل العامل، كان له أن يدفع إلى غيره مزارعةً؛ لأن العامل مستأجرٌ للأرض، وللمستأجر أن يُؤاجِر وأن يدفع إلى غيره مزارعةً.

وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض، وقال للعامل: اعمل فيه برأيك، على أن يكون الخارج بيننا نصفين، فدفع العامل إلى غيره مزارعةً بنصف الخارج، كان نصف الخارج للثاني، والنصف لصاحب [البذر]، ولا شيء للأول، وقد مرّ هذا في المضاربة.

العامل يدفع إلى غيره معاملةً

وليس للعامل في المعاملة أن يدفع إلى غيره معاملةً، إلَّا إذا قيل له: اعمل فيه برأيك؛ لما ذكرنا: أنه أجيرٌ، فلا يملك الدفع معاملةً.

والعمل في المعاملة والمزارعة من الحفظ والسقي وغيره، يكون على العامل، ما لم يستحصد الزرع، ولم يدرك الثمار، وبعد الإدراك كان العمل عليهما من الحفظ، والحَصاد، والدِّياس، وقطع الثمار، على قدر ملكهما، فإن شرطا ذلك على العامل والمُزارِع، فسد العقد.

العمل بعد الإدراك

ورِوىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أن العمل بعد الإدراك يكون عليهما، فإن شرطا على العامل والمزارع، جاز؛ لمكان التعامل.

وإن شرطا على العامل شرطًا لا يقتضيه مطلق العقد، فإن كان عملاً تبقىٰ منفعته بعد انقضاء مدة المزارعة، كحفر الأنهار الصغار، ووضع المُسنَّاة، يفسد العقد؛ لما مرَّ من قبل، وإن كان لا تبقىٰ منفعته، كشرط الكراب، لا يفسد العقد، ويلزمه.

وحاصله: إن كان عملاً لا يُخرِج الأرض بدونه زرعًا مُعتادًا، يجب على العامل من غير شرط في المزارعة والمعاملة، وكل عمل له أثرٌ في الزيادة على المعتاد، لا يلزمه من غير شرط، ويلزمه عند الشرط، إلَّا إذا كان عملاً تبقىٰ منفعته بعد انقضاء المدة، فيفسد العقد.

ولو أراد أحدهما الامتناع عن المُضِيِّ في العقد، فإن امتنع صاحب البذر، كان له ذلك؛ لأنه لا يُمكِنه الجري على موجب العقد إلَّا بإتلاف المال، فلا يُجبَر، كمن استأجر رجلاً ليهدم جداره، لا يُجبَر على ذلك.

الأعذار المانعة من المضي في العقد

فإن امتنع مَنْ لا بذر منه، ليس له ذلك، إلَّا بعذر؛ لأن في المُضِيِّ تقويم منفعته، وليس فيه [إتلاف ماله، فلا يُترَك إلَّا بعذر، وفي المعاملة ليس لأحدهما أن يمتنع إلَّا بعذر؛ لأنَّه ليس فيه] إتلاف المال على أحدهما، والعذر من قبل الأرض: أنْ يلحقه دينٌ لا وفاء له إلَّا من ثمن الأرض.

فإن كان العامل حفر الأنهار، وسوىٰ المُسَنَّاة، لا شيء له على صاحب الأرض؛ لأنَّهما قَوَّما منفعته بالخارج، لا بشيءٍ آخر، وإن لحِقه دينٌ بعدما نبت الزرع، لا تُباع الأرض حتىٰ يستحصد، ويخرجه القاضي من الحبس حتى يستحصد الزرع؛ لأن المزارع زَرَع بحق، وفي إيفاء العقد يقع الكل.

ومن العذر: أن يكون العامل سارقًا، أو خائنًا، أو مُتَّهمًا.

والعذر من جانب العامل: مرض يُعجِزه عن العمل، أو السفر.

وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع بَقْلٌ، فالزرع على ما شرطا، والعمل بعد ذلك عليهما، حتى يستحصد، وعلى العامل أجر الأرض لصاحب الأرض؛ لأن المزارعة قد انقضت، إلَّا أن في قلع الزرع ضررٌ، فيُترَك بالأجر.

وإن مات أحدهما قبل الشروع في العمل، كان للآخر أن يمتنع، وإن مات بعد الشروع، فإن مات رب الأرض والزرع بَقْلٌ، يبقىٰ العقد في هذه السنة حتىٰ يستحصد، وإذا استحصد، قسموه على شرطهم، وتنفسخ المزارعة فيما بقي من المدة.

وإن مات الزارع والزرعُ بَقْلٌ، فقالت الورثة: نحن نعمل إلى أن نستحصد الزرع، كان لهم ذلك، وتبقىٰ المزارعة على ما شرطا، فإن قالوا: نقلع الزرع، ولا نعمل، لا يُجبَرون على العمل؛ لأنهم لم يلتزموا العمل، ويقال لصاحب الأرض: إما أن تقلع الزرع، فيكون بينكم، أو أعطهم قيمة حصتهم، والزرع كله لك، أو أنفق، وتكون النفقة في حصتهم، يرجع بذلك عليهم، وإنما يُخيَّر صاحب الأرض على هذا الوجه؛ نظرًا للجانبين.

دفع أرضه مزارعةً سنةً، والبذر من العامل والخارج بينهما

رجل دفع أرضه مزارعةً سنةً، على أن يزرعها العامل ببذره، على أن يكون الخارج بينهما، فزرعها وصار بقلاً، فباع صاحب الأرض أرضه بزرعها، أو لم يذكر الزرع، فالبيع موقوف.

أمَّا إذا باع الأرض والزرع جميعًا؛ فلأن البيع تناول حق المزارع، فيتوقَّف على إجازته، وأما إذا باع الأرض وحدها؛ فلأنه لو جاز البيع، كان للمشتري أن يأمره بالقلع، فيتضرَّر، فقلنا بالتوقُّف على إجازته، وإن أجاز، جاز، وإن لم يُجِز، حتى استحصد الزرع، جاز؛ لأن التوقُّف كان لحق المزارع، وقد زال، كما لو باع الدار المستأجرة، فانقضت مدة الإجارة. [٢١٦/أ]

وإذا أجاز البيع، فإن باع الأرض وحدها، كان الزرع بين المزارع والبائع على ما شرطا، وإن كان باع الأرض والزرع جميعًا، فنصف الزرع للمشتري، والنصف للمزارع، ويسقط عن المشتري حصة نصف الزرع من الثمن، ويُقسَّم الثمن على قيمة الأرض والزرع يوم العقد، فما أصاب الزرع، يسقط نصفه عن المشتري.

الغاصب دفع الأرض المغصوبة مزارعة

الغاصب إذا دفع الأرض المغصوبة مزارعةً، فأجاز ربُّ الأرض، فإن كان قد سنبل ولم ينعقد حَبَّه، صحت إجازته؛ لأنه أجاز قبل الفراغ من العمل، فكانت الإجازة بمنزلة الإنشاء، وإذا صحت الإجازة، كان الزرع بين المزارع وربِّ الأرض.

وإن أجاز بعد انعقاد الحَبِّ، لا تصح إجازته؛ لأنه أجاز بعد الفراغ من العمل، وإذا لم تصح الإجازة، كان الزَّرع بين الغاصب والمزارع.

وهو نظير ما لو غصب دارًا وآجرها من غيره، فأجاز المالك، إن أجاز بعد انقضاء المدة، لا تصح إجازته، وتكون الأُجرة للغاصب.

وإن أجاز بعدما مضىٰ نصف المدة، صحّت إجازته، وكان جميع الأجر للمالك في قول أبي يوسف.

وعلى قول محمد: أجر ما مضىٰ يكون للغاصب، وأجر ما بقي من المدة يكون للمالك؛ لأن الإجازة تنعقد ساعةً فساعةً، فكانت عقودًا مختلفةً.

بخلاف المزارعة؛ لأن ما هو المقصود يتعلق بالكل، فكان عقدًا واحدًا.

❊❊❊

كِتَابُ الخَرَاجِ

على كل جريب قفيز ودرهم

قال: في أرض السواد، على كل جَريب يصلح للزرع: قفيزٌ ودرهمٌ[١]، [وعلى كُلِّ جريب الكَرَم: عشرة دراهم، وعلى جريب الرَّطَبة: خمسة دراهم، وفي أرض الزعفران والفواكه: بقدر ما تطيق][٢].

والأصل فيه: أن الأرض نوعان: عُشْرِيَّة، وخَرَاجِيَّة، وقد ذكرنا بيان العشرية والخراجية في كتاب الزكاة.

حدّ السواد

وأرض العرب كلها عُشْرِيَّة، وسواد العراق خَرَاجِيَّةٌ، وحَدّ السواد طولاً: من تُخُوْم المَوْصِل إلى أرض عَبَّادان، وحَدُّه عرضًا: من منقطع الجبل من أرض حُلوان، إلى أقصىٰ القَادِسِيَّة المتصل بالعُذَيْب من أرض العرب.

والجريب: ستون ذراعًا[٣].

---

(١) في القدوري: «في الخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد، من كل جريب يبلغه الماء: قفيز هاشمي: وهو الصاع ودرهم ...»، ص٥٨٤، ونحوه في الهداية ٤/٢٤٥.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أن والمثبت من ب، د.

(٣) وبهامش د ذكر: (وذلك ستون ذراعًا في ستين ذراعًا، بذراع الملك كسرىٰ، وهو أطول من ذراع العامة بقبضة)، وذكر نحوها المطرزي في المغرب (جرب).

«والجريب: من الطعام والأرض: مقدار معلوم، والجمع: أجربة، وجُربان، مساحة الأرض قدرها: ٦ قصبات = ١٣٦٦,٠٤ متر مربَّع. =

الخراج على الأراضي الخراجية

والإمام إذا افتتح بَلْدَةً عَنْوَةً، إن شاء خمَّسها وقسم ما بقي، كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خَيْبر، وإن شاء منّ عليهم برقابهم وأراضيهم، ويضع الجزية على رؤوسهم، والخراج على أراضيهم، كما فعل عمر رضي الله عنه بسَواد العراق، بمشورة علي، ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما، وبعث عثمان بن حنيف، وحذيفة بن اليمان ليَمْسَحا سَواد العراق، فمسحا ستًّا وثلاثين ألف ألف جَريب، ووضعا الخراج على التقدير الذي قال في الكتاب، فلما أتيا عمر رضي الله عنه وأخبراه بذلك، قال لهما: لعلكما حملتماها ما لا تُطيق، فقالا: حملناها ما تطيق، ولو زدناها لَطاقت[1].

فيه دليل: على أن التوظيف مقدَّرٌ بالطاقة؛ ولأن الحق يزداد بزيادة منفعة الأرض، ويَقِلُّ بقلتها، والمنفعة تزداد عند قلة المؤنة، وتَقِلُّ عند كثرتها، قال عليه الصلاة والسلام: «**ما سقته السماء: ففيه العشر، وما سقي بقِرب، أو دالية، أو سانية: ففيه نصف العشر**»[2]، اعتبر كثرة المؤْونة.

والكَرَم أكثر العقار رَيْعًا، وأخفُّها مؤُوْنةً؛ لأنها تبقىٰ على الأبد بلا مؤُوْنة، والمزارع أقلها رَيْعًا، وأكثرها مؤُوْنة؛ لأنها تحتاج إلى الزِّراعة وإلقاء البذر في كل عام، والرطاب بينهما؛ لأنها تبقىٰ أعوامًا، ولا تدوم دوام الكرم، فكانت مؤُونتها فوق مؤُوْنة الكَرْم، دون مؤُوْنة المزارع.

= ومكيال قدره: أربعة أقفزة = ٤٨ صاعًا = ١٥٦,٥٥٤ غرامًا، و(١٠٤,٢٥٦ غرامًا لدىٰ الجمهور) = ٤ أقفزة»، كما في معجم لغة الفقهاء.

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣١٩/٥.

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٩٧)؛ وأحمد في المسند ١٤٥/١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٨٩/٤؛ وابن حبان في صحيحه ٥٠٢/١٤.

وأما أرض الزعفران، فليس فيها نصٌ، فتُعتَبر فيه الطاقة، وتفسير الطاقة: ما ذكرنا في كتاب الزكاة، وقيل: الطاقة تُعتَبَر بأجر مثل الأرض.

ثم لا خلاف أنه إذا انقضت المنفعة، وصارت لا تطيق ما وظّف عليها، تنقض الوظيفة، وأما إذا كثر الرَيْع، وتزداد الطَّاقة، هل تجوز الزيادة على ما وظَّفَ عمر رضي الله عنه؟ على قول محمد: تجوز؛ اعتبارًا للزيادة بالنقصان، وعلى قول أبي يوسف: لا تجوز؛ لأن عمر رض الله عنه، أُخبِر بزيادة الطَّاقة، ولم يَزِدْ في الوظيفة.

وفي ديارنا: وظّفُوا الخراج من الدراهم؛ لأن التقدير يجب أن يكون بالطَّاقة من أيّ شيء كان. [٢١٥/ب]

خراج الرأس (الجزية)

ومن وجب عليه خراج الرأس، ولم يؤدِّ حتى جاءت السنة الثانية، لا تُؤخَذ به، وقال أبو يوسف ومحمد: تُؤخَذ به.

لهما: أن سبب وجوبها الكفر، فتتغلَّظ بزيادة المدَّة، ولا تسقُط؛ ولأنها لا تجب قبل تمام السنة، فكيف تسقط بمضي السنة.

ولأبي حنيفة: أنها وجبت عقوبةً، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، والعقوبات إذا ازدحمت، تداخلت، كالحدود.

واختلف المشايخ في تفسير قوله: «حتى جاءت سنة أخرى»، قال بعضهم: أراد به: كمال السنة الثانية، وقال بعضهم: أراد به: دخول السنة الثانية؛ لأن مجيء الشهر والسنة: عبارة عن الدخول، والجزية تجب في أول السنة في قول أبي حنيفة، والحول تأجيلٌ، وتخفيفٌ.

وإن مات في بعض السنة، أو بعد تمام السنة، لا تُؤخَذ عند علمائنا، وقال الشافعي: الجزية لا تسقط بالموت والإسلام[١].

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٢٦.

كتَابُ الذَّبَائِحِ

الذبح في الحلق كله

(قال : لا بأس بالذبح في الحلق كله، أعلاه ووسطه وأسفله؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «الذكاة ما بين اللَّبَّة واللَّحْيَيْن»[(١)]، جعل جميع الحلق مذبحًا.

(ولا بأس بأكل الجزور إذا ذُبِحت ذكاةً، والشاة والبقر إذا نُحِرتا، ولا أُحِبُّ له أن يفعل ذلك).

أما إباحة الأكل؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «**كل ما أنهر الدم، وأفرىٰ الأوداج**»[(٢)].

وأما الكراهة؛ لأن السُّنَّة في الجزور: النحر، وفي الشاة والبقر: الذبح، فلا يستحب مخالفة السنة.

شاة ذبحت من قفاها

(شاة ذُبِحت من قَفاها، قال : إن قطع الحلقوم والأوداج والمرِيْء قبل أن تموت الشاة، لا بأس بأكلها)؛ لأن الواجب: قطع هذه العروق، فإذا قطعت قبل الموت، فقد ماتت بالذكاة.

---

(١) قال الحافظ: «لم أجده، وإنَّما في الدارقطني من حديث أبي هريرة: بعث رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم بُدَيل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق، يصيح في فجاج منىٰ: «أَلَا إن الذَّكاة في الحَلْق واللَّـبَّة»، وإسناده واهٍ، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر مثله موقوفًا، وعن ابن عباس كذلك»، الدراية ٢/٢٠٧.

(٢) قال الحافظ: «لم أجده هكذا، بل هو ملفَّقٌ من حديثين ...، من حديث رافع بن خديج أيضًا في الصحيحين»، الدراية ٢/٢٠٧.

ذبح الشاة بسن أو ظفر غير منزوع

(**وإذا ذبح الشاة بسِنٍّ، أو ظفر غير منزوع، لا يحل أكله، وإن ذبحها بظفر منزوع، أو سِنٍّ، أو قَرْنٍ، أو عَظْمٍ، فأنهر الدم، وأفرىٰ الأوداج، يحل أكله**).

وقال الشافعي: هي ميتة في الفصلين[1]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**كل ما أنهر الدم، وأفرىٰ الأوداج، ما خلا السن والظفر من غير فصل**».

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**أنْهِر الدم بما شئت**»[2]، وكُلْ؛ ولأنَّ هذه آلةٌ جارحةٌ قاطعةٌ، فيحِلُّ ما ذُبِح بها كالحجر والقصب، إلَّا أنَّه يكره ذلك؛ لأنه جزءٌ من الآدمي، فيُكرَه الانتفاع به، كالشعر.

والحديث محمولٌ على غير المنزوع، وكان ذلك عادة الحبشة، فنهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك؛ لأن غير المنزوع يُميته بالثِّقل مع الحِدَّة، فيكون في معنىٰ المُنْخَنِقة، والمنزوع يُميته بحِدَّة؛ ولأن آلة الذبح غير الذابح، وغير المنزوع من الذابح، فلا تكون آلةً.

قطع نصف الحلقوم والمريء أو أكثر

(**شاة ذبحت، فقطع منها نصف الحلقوم، ونصف المَرِيْء، لا تُؤكَل**)؛ لأن الإباحة تعلَّقت بإفراء الأوداج، ولم يوجَد.

(**وإنْ قطع الأكثر من الحلقوم والأوداج، والمَرِيء، تَحِلُّ**)؛ لأنَّ للأكثر حكم الكُلِّ؛ ولأنه لا يتوهم بقاؤها بعد قطع الأكثر، فتَتِمُّ الذكاة، بخلاف قطع النصف.

واختلفوا في تفسير الأكثر: فعن أبي حنيفة: أنه إذا قطع الثلاث من العروق الأربعة، أيَّ ثلاث كان، يَحِلُّ.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٣٤.

(٢) أخرجه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه، وبلفظ: (أفر الأوداج بما شئت) كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٨٧؛ ولفظ النسائي (أنهر الدم ...) (٤٤٠١).

وعن محمد: أنه إذا قطع الأكثر من كل واحد من هذه العروق الأربعة، تَحِلُّ، وإن ترك قطع واحد منها، لا تَحِلُّ، وظاهر ما ذكر في الكتاب، يدل على هذا.

وقال الشافعي: قطع الوَدَجَيْن لا يشترط(١).

وقال أبو يوسف: إن قطع الحلقوم، والمَرِيْء، وأحد الوَدَجين، تَحِلُّ؛ لأن الحلقوم مجرىٰ العَلَف، والمَرِيء مجرىٰ النَّفَس، والوَدَجَان مجرىٰ الدم، وبقطع أحد الوَدَجين، يحصل إنهار الدَّمِ، ولا بُدَّ من قطع مجرىٰ العَلَف، ومجرىٰ النَّفس؛ لأن غيره لا يقوم مقامه.

ومحمد يقول: بأن قطع واحدًا منهما، لا يكون قطعًا للآخر، فيشترط قطع الأكثر من كل واحد منها، حتى ينقطع الكل، فأما إذا قطع النصف من كل واحد من هذه الأشياء، فلم يقطع الأكثر، بل المقطوع عارَضَ غير المقطوع، فلا يترجَّح جهة القطع، بل يغلب جانب العدم؛ احتياطًا لأمر الحرمة.

إراقة الدم لا تتجزّأ

(سبعة اشتروا بقرة للأُضحية، فمات واحد منهم قبل يوم النحر، فقالت ورثته ـ وهم كبار ـ للشركاء: اذبحوها عنه وعنكم، فذبحوا، أجزأهم).

ولو كان أحد الشركاء نصرانيًّا، أو رجلاً يريد اللحم، لا يجوز لواحد منهم.

والأصل فيه: أن إراقة الدم لا تتجزَّأ، فإذا خرج البعض عن كونه قُرْبَةً، خرج الباقي، ففي الفصل الأول: وقع الكل قُربةً، فإنه يجوز، للوارث أن [٢١٧/أ] يُضحِّي عن الميت، دل عليه ما روي: «**أنَّه عليه الصَّلاة والسَّلام ضحّىٰ بكَبْشَين أمْلَحَيْن، أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته**»(٢).

---

(١) «ويستحب قطع الوَدَجين، وهما: عرقان من صفحتي العنق»، كما في المنهاج ص٥٣٣.

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٤٤)؛ ومسلم (١٩٦٦)؛ وبلفظه في الجامع الصغير للشيباني ١/١٦٦.

أما إذا كان أحدهم نصرانيًا، أو رجلاً يريد اللحم دون التضحية، فالبعض لم يقع قُرْبةً، فلا يقع الباقي قُربةً.

الثولاء والعرجاء في الأضحية

قال: (**وتُجزئ الثَّوْلاء والعَرْجاء في الأضحية**).

(**أما الثَّولاء: فهي المجنونة، وإنما جاز؛ لأن الجنون لا يُعَدُّ عيبًا في الشاة**)؛ لأنه لا يُخِلُّ باللحم، وهذا إذا كانت سمينةً ليس بها مانعٌ يمنع الرَّعْي والاعتلاف، فإن كانت على خلاف ذلك، لم تَجُز.

(**وكذلك العرجاء التي تمشي إلى المَنْسِك**)؛ لأن العيب اليسير لا يمنع التضحية، قال عليه الصلاة والسلام: «**أربع لا يجزئن في الضحايا: العَوراء البيِّن عَورها، والعَرجاء البيِّن عَرَجُها، والمريضة البيِّن مرضها، والعَجْفاء التي لا تنقىٰ**»[1]، لم يجعل أصل العيب مانعًا، وشرط البيِّن، (**وكذا العيب اليسير في الألية، والأُذن، والذَّنَب، لا يمنع**).

اعتبار اليسير والكثير في العيوب

واختلفت الروايات في اليسير والكثير، فعن أبي حنيفة، وهو رواية محمد: (**أن ما زاد على الثلث: كثيرٌ، والثلث وما دونه يسيرٌ**)، وعن أبي حنيفة في رواية أخرىٰ: الثلث كثير، وما دونه يسير.

(وقال أبو يوسف ومحمد: ما زاد على النصف كثيرٌ، والنصف وما دونه يسيرٌ[2].

وقال أبو يوسف: ذكرت قولي لأبي حنيفة، فقال: قولي مثل قولك).

وعن أبي حنيفة في رواية: الرُّبُع كثيرٌ.

---

(١) رواه «مالك، وأحمد، وأصحاب السنن، وابن حبان، والحاكم، والبيهقي»، كما قال الحافظ في التلخيص الحبير ١٣٩/٤.

(٢) ولفظ الجامع هنا: «الثلث أو أقل أجزأه، فإن كان أكثر لم يجز، وقالا: إذا بقي أكثر من النصف أجزأه ...»، ص٥٤٤.

وجه الرواية الأولىٰ عن أبي حنيفة، وهو جواب هذا الكتاب: أن الثلث وما دونه قليلٌ في الوصية.

وجه رواية الرُّبُع: أن الربع ملحَقٌ بالكل في بعض المواضع، كما في حلق المُحْرِمِ، فيُلحَق بالكل هاهنا احتياطًا.

وجه قول أبي يوسف ومحمد: أن الكثير من كل شيء: أكثره، وفي النصف يُعَارض الجانبان، فجعلنا الزيادة على النصف مانعًا.

ومِن المشايخ مَنْ قال: على قول أبي يوسف ومحمد: إن كان الباقي أكثر من النصف، يجوز، وإلَّا فلا، وفي النصف يُغلَّب المُحرِّم على المُجوِّز.

ذكر غير اسم الله تعالى معه

قال: (**ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالىٰ غيره**)، يعني: عند الذبح، وهي على ثلاثة أوجه: منها ما يُوجِب الحرمة، ومنها ما يُكرَه ولا يحرُم الأكل، ومنها ما ليس بمكروه.

أما الأول: أن يذكر مع اسم الله تعالىٰ اسم غيره، على وجه العطف والشركة، نحو أن يقول: بسم الله واسم فلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، (**وقال ابن مسعود رضي الله عنه: جرّدوا التسمية عند الذبح**)[1].

والمكروه: أن يذكر اسم غير الله تعالىٰ مقرونًا به في الظاهر من غير عطف ولا شركة، نحو أن يقول: بسم الله محمد رسول الله، فهذا مما لا يحرُم؛ لأنه لم تُوجَد الشركة، فلم يكن الذبح واقعًا لغير الله، وإنما يُكرَه؛ لوجود صورة الوصل.

---

(١) أورده الزيلعي وقال: «غريب»، نصب الراية ١٨٤/٤؛ وقال ابن حجر: «لم أجده»، الدراية ٢٠٦/٢.

وأما الذي لا يحرُم ولا يُكْرَه: أن يكون منفصلاً عنه صورةً ومعنًى، قبله أو بعده، (بأن يقول: اللهم تقبل عن فلان؛ لما روي عن النبي عليه الصَّلاة والسَّلام أنه قال بعد الذبح: «**اللهم تقبَّل هذه عن محمد، وعمن شهد لك بالوحدانية، ولي بالبلاغ**»[١]).

الجَذَع من الضأن في الهدايا والضحايا

قال: ولا يُجزِئ في الهدايا والضحايا إلَّا الجَذَعَ من الضَّأْن، والثَّنِيّ من المَعْزِ والبقر والإبل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**ضَحُّوا بالثنْيان، ولا تُضَحُّوا بالجَذَعان**»[٢]؛ ولأنه أمر بتعظيم الأضحية، والتعظيم لا يتحقق بتضحية الصغير، إلَّا الجَذَع من الضأن؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه: أنَّ النبي عليه الصَّلاة والسَّلام جوَّز التضحية بالجَذَع من الضأن.

ويشترط أن يكون عظيمًا، بحيث لو اختلط بالثِّنْيان، لا يمكن التمييز من بُعد.

والجَذَع من الضأن: ما أتىٰ عليه أكثر السنة، والثَّنِيُّ من الغنم والمَعْز عند الفقهاء: ما تَمَّ عليه الحول، وطعن في السَّنَة الثانية، والثَّنِيُّ من البقر: ما طعن في السَّنَة الثالثة، ومن الإبل: ما طعن في السَّنَة السادسة.

وعند أهل اللغة: الجَذَع من الضأن والمَعْز: ما أتىٰ عليه الحول. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) أخرج مسلم بلفظ: «اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد، ثم ضحَّىٰ به» (١٩٦٧).

(٢) قال الحافظ في الدراية: «قال عليه الصَّلاة والسَّلام: (ضحُّوا بالثَّنايا إلَّا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن)، قلت: أخرجه مسلم عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلم: (لا تذبحوا إلَّا مُسِنَّة إلَّا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضَّأن)»، ٢/٢١٦؛ مسلم (١٩٦٣).

كِتَابُ الكَرَاهِيةِ

بَابُ الكَرَاهِيةِ فِي الأَكْلِ

لحوم الأُتن وألبانها

(**قال: يُكرَه لحوم الأُتُن وألبانها**)، وقال بشر والأوزاعي: لا بأس به؛ لحديث غالب بن أبجر، أو أبجر بن غالب، أنه قال: يا رسول الله: لم يبق لي من مالي إلَّا حُمُرٌ أهليةٌ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**كُلْ من سمين مالك**»[1]؛ ولأن الوحشي منه حلالٌ، فكذلك الأهلي؛ اعتبارًا بسائر الحيوان.

ولنا ما رُوِي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (**أنَّه أمر مناديًا ينادي** [٢١٦/ب] **يوم خيبر: أَلَا إنَّ الله تعالىٰ ورسوله ينهاكم عن لحوم الحُمُر الأهلية**)[2]؛ ولأنه ذو حافر أهلي، فلا يُؤكَل، كالبغل، والحديث كان في الابتداء، ثم انتسخ.

وإذا عُرِف الجواب في اللَّحم، فكذلك في اللَّبن؛ لأنَّه متولِّدٌ من اللَّحم، وإنَّما ذكر لفظة الكراهية؛ لاختلاف الآثار فيه.

---

(١) ذكر الزيلعي عن الاختلاف في اسمه، وكذا في متن الحديث، وفيه: «أطعم أهلك من سمين مالك»، ثم قال: (قال البيهقي في المعرفة: حديث غالب بن أبجر إسناده مضطرب، وإنْ صحَّ فإنَّما رخّص له عند الضرورة، حيث تباح الميتة كما في لفظه)، نصب الراية ١٩٧/٤.

(٢) أخرجه البخاري (٣٩٨١، ٣٩٨٢)؛ ومسلم (٥٦١، ١٩٣٧)، وغيرهما.

وكما لا يُؤكَل لحمه، فكذلك شَحْمه، ولا ينتفع به في غير الأكل عند بعض المشايخ، وبعضهم جوّز الانتفاع به في غير الأكل إذا كان مذبوحًا؛ لأنه طاهرٌ في نفسه، وتحريم الأكل لا يدُلُّ على النجاسة، ولو كان نجسًا فليس من ضرورة النجاسة: حرمة الانتفاع به في غير الأكل، كالزيت إذا خالطه وَدَكُ الميتة والزيت غالبٌ، لا يُؤكَل، وينتفع به في غير الأكل.

أبوال الإبل ولحم الفرس

(قال: **ويكره أبوال الإبل، ولحم الفرس، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل ولحم الفرس**).

وتأويل قول أبي يوسف في الأبوال: أنه يُباح للتداوي دون غيره، ومسألة لحم الخيل معروفة.

حجتهما: ما رُوِي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**أنَّه نهىٰ عن أكل لحوم الحُمُر الأهلية، والخيل، والبغال، وأَذِنَ في لحم الفرس**»[١].

ولأبي حنيفة: ما روىٰ خالد بن الوليد: «**أنَّ النبي نهىٰ عن أكل لحوم الحُمُر الأهلية، والخيل، والبغال**»[٢].

---

(١) قال الحافظ: «متَّفق عليه، وفي الصَّحيح عن أسماء بنت أبي بكر: (نَحَرْنا على عهد رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلم فرسًا، فأكَلْنَاها)، وفي رواية: (أكَلْنَا لحم فرس عند رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم، فلم يُنكِره)»، الدراية ٢/٢١١. انظر: نصب الراية ٤/١٩٨.

(٢) قال الحافظ: «حديث خالد أخرجه أحمد، والطبراني، والدارقطني، والأربعة إلَّا الترمذي»، ثم ذكر ما قيل في الحديث من تعارض ونسخ، ثم أورد ما روي في مسند الإمام أحمد من حديث «جابر قال: ذَبَحْنا يوم خيبر الخيل، والبغال، والحمير، فنهانا رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم عن البغال والحمير، ولم يَنْهَنَا عن الخيل»، المسند ٣/٣٥٦؛ الدراية ٢/٢١٠. انظر: نصب الراية ٤/١٩٦، ١٩٧.

واختلفوا في تفسير كراهية لحم الفرس في قول أبي حنيفة: قال بعضهم: أراد به: التحريم، وقال بعضهم: أراد به: التنزيه، وإنما اختلفوا على هذا الوجه؛ لأنه ذكر في كتاب الصيد، ما يدل على أنه أراد به التنزيه، فقال: أما لحم الخيل، فقد رخّص بعض العلماء فيه، فأما أنا، فلا يُعجِبني أكله، وهذا لا يذكر للتحريم.

وذكر في كتاب الصلاة: وَجَعل بوله كبول ما يُؤكَل لحمه، وذكر هاهنا: ما يدل على التحريم، فإنه جمع بينه وبين بول الإبل.

قال شمس الأئمة السرخسي: ما ذكر هاهنا، أَقْيَسُ اعتبارًا للفرس بما يتولَّد منه، وهو البغل، وما ذكر في كتاب الصيد، أرفقُ بالناس؛ للعرف الظاهر في بيع لحم الفرس في أسواق المسلمين من غير نكير.

أكل الزنبور والسُّلَحْفَاة

(ويكره أكل الزُّنْبُوْر، وكذلك السُّلَحْفَاة)؛ لأنَّهما مما يستخبثه الطبع، وقال تعالىٰ: ﴿**وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ**﴾ [الأعراف: ١٥٧].

أكل ما في البحر

(ويكره أكل ما في البحر سوىٰ السمك)، ومن الناس من أباح الكل، وهكذا حكي عن الشافعي[١]، ومنهم من أباح الكل إلَّا الكلب والخنزير والإنسان[٢]؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ**﴾ [المائدة: ٩٦].

ولنا قوله تعالىٰ: ﴿**وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ**﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وعن النبي عليه الصلاة والسلام: «**أنه نهىٰ عن بيع السَّرطان، وعن دَواءٍ يُتَّخَذ من الضِّفْدَع**»[٣]، والخلاف في الأكل والبيع واحد، وحِلُّ السمك عُرِف بقوله عليه

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٣٩.

(٢) وهذا قول الإمام مالك، كما في المدونة ٢/٤٤٥.

(٣) قال الحافظ: «روىٰ أبو داود، والنسائي، وأحمد، وإسحاق، والطيالسي، والحاكم من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمي: (أن طبيبًا سأل النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم عن الضفدع يجعلها دواءً، فنهىٰ عن قتلها)»، الدراية ٢/٢١٢. انظر: نصب الراية ٤/٢٠١.

الصلاة والسلام: «**أحلت لنا الميتتان والدمان، فالميتتان: السمك والجراد، والدَّمَان: الكَبِدُ والطِّحَالُ**»[١].

بيع السرقين والعَذِرَة

(**ولا بأس ببيع السِّرْقِين، ويكره بيع العَذِرَة**)، وقال الشافعي: بيع السرقين باطل[٢]؛ لأنه نجس العين، فلا يجوز بيعه، كالعَذِرة.

ولنا: أنه مال متقوَّمٌ؛ لتعامل الناس بالانتفاع به في المزارع من غير نكير.

وأما العَذِرَة، فعن أبي حنيفة في رواية شاذَّة عنه: يجوز الانتفاع بها؛ لحديث أبي هريرة: أنه كان يعزُّ أرضه بنفسه، ويقول: مكيل عن مكيل بُرٍّ.

وفي ظاهر الرواية: يكره إلقاؤها في الأرض والانتفاع بها، إلَّا إذا كانت مخلوطةً بالترابِ، والترابُ غالب عليها؛ لأنها جاورت الآدمي، فلا يجوز الانتفاع، كما لا يجوز الانتفاع بالشَّعر والظفر.

وإذا غلب عليها التراب، تصير تبعًا للتراب، فيجوز بيعها والانتفاع بها، بمنزلة الدُّهن النجس.

الأكل والشرب والادهان في آنية الذهب والفضة

(**ويكره الأكل والشرب والادِّهان في آنية الفضة والذهب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام**: «**من شرب في آنية فضة أو ذهب، فكأنما يُجَرْجِرُ في بطنه نار جهنم**»[٣])، والأكل والادِّهان بمنزلة الشرب، فكان ملحقًا به؛ ولأنه من عادة المجوس، وزَيِّ الجَبَابِرة، وقد نُهِينا عن التَّشبُّه بهم.

وكذا الاكتحال بِمِيلِ الذَّهَب والفِضَّة، وما أشبه ذلك.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣٣١٤)؛ والدارقطني في سننه ٢٧١/٤؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢٥٧/٩.

(٢) انظر: المهذب ٢٣/٣.

(٣) أخرجه البخاري (٥٣١١)؛ ومسلم (٢٠٦٥) وغيرهما من أصحاب السنن.

الإناء المفضض وكذا الأشياء المذَهَّب

(وأمَّا الإناء المُفَضَّضُ، لا بأس بالشرب منه، وكذلك المُذَهَّبُ إذا وضع فاه على العود دون الفضة والذهب)، وكذلك حلقة المِرْآة من الذهب والفضة، وكذا المَجامر، واللِّجام، والسَّرْج، والكُرْسِي، والسَّرِيْر، إذا لم يقعد على الفضة والذهب، وكذا لو جعل ذلك على سقوف المسجد، أو جعل في المصحف، مُذَهَّبًا أو مُفَضَّضًا، وكذا المُضَبَّب.

وعن أبي يوسف: أنه كَرِه جميع ذلك.

واختلف المشايخ في قول محمد: منهم مَنْ ذكر قوله مع قول أبي حنيفة، ومنهم مَنْ ذكر قوله مع أبي يوسف.

وحِلْيَةُ المِنْطَقَة، والسِّلاح، يجوز إجماعًا، وهذا إذا كان يخلص منه الذهب [٢١٨/أ] والفضة، أما التمويه الذي لا يخلص منه الذهب والفضة، لا بأس به عند الكل.

لأبي يوسف: العُمومات الواردة في النهي عن استعمال الذهب والفضة، والشرب من الإناء؛ استعمالٌ لكل جزء منه.

حقيقة استعمال الذهب والفضة

ولأبي حنيفة: أن حقيقة الاستعمال فيما يضع فمه [عليه]، ويقعد عليه، وذاك أصل، وما عداه تابعٌ، فلا يُكرَه، كمسامير الذهب والفضة، والحرير، والذهب في عَلَم الثوب، وكما لو شرب من كَفٍّ في خِنْصَره خاتمُ ذهب، أو فضة.

والنساء فيما سوىٰ الحُلِيّ من الأكل، والشرب، والادهان، في الفضة والذهب، والقعود، بمنزلة الرجال؛ للأثر العام الذي روينا.

(مُحْرِمٌ ذبح سُلَحْفَاة، لا شيء عليه)؛ لأنَّها ليست من الصيود، ويكره أكلها؛ لأنها من الخبائث، والهوّام، كالفأرة ونحوها، وقد ذَكَرنا[1].

---

(١) زاد في نسخ الجامع الصغير مسألة: (رجل أرسل أجيرًا له مجوسيًّا، أو خادمًا فاسقًا، فاشترىٰ لحمًا، فقال: اشتريته من يهودي، أو نصراني، أو مسلم، وسِعَه أكله)، ص٥٤٨ (مع شرح الصدر)؛ ص٤٧٦ (دار الباز).

بَابُ
الكَرَاهِيةِ فِي اللُّبْسِ

لبس الحرير والديباج

قال: (**يُكرَه لبس الحرير والديباج، ولا بأس بتوسُّده والنوم عليه**).

أما كراهية اللبس، فهي ثابتةٌ في حق الرجال خاصَّةً، وقال بعضهم: يُكرَه للنساء أيضًا، وقال بعضهم: يُباح للرجال أيضًا، والصحيح ما قلنا؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**حُرِّم الذهب والحرير على ذكور أمتي، وأُحِلَّ لإناثهم**»؛ ولأنه من التَّرفُّه والتَّجبُّر[1]، وزِيِّ الأعاجم، وقد نهينا عن التَّشبُّه بهم.

فإن كان الثوب من غير الحرير، وعَلَمُه من الحرير، لا بأس به إذا كان قدر أربعة أصابع فما دونه، وكذا الكتابة في الثوب من الذهب والحرير؛ لما روي: «**أنَّه عليه الصلاة والسلام أُهديَ إليه قَبَاءٌ مكفوفٌ بالحرير، وكان يلبسه في الجُمَع والأعياد**»[2]، والتقدير الذي في العَلَم، مرويٌّ عن عمر رضي الله عنه؛ ولأنَّ هذا القدر لقلّته تبعٌ للثوب، فيكون مباحًا.

---

(١) في د (التنعُّم) بدل (التجبُّر).

(٢) أورد نحوه الحافظ في الدراية ٢/٢٢٠.

أما التَّوسُّد والنوم عليه، لا بأس به في قول أبي حنيفة، وقال محمد: يُكرَه، وتعليق الستور من الحرير على الأبواب والحيطان، على هذا الخلاف.

لمحمد: النهي العام؛ ولما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**لأن أتَّكِئَ على جَمْر الغَضَا، أَحَبُّ إليَّ مِنْ أَنْ أَتَّكِئَ على مرافق الحرير**»(١)؛ ولأنَّ هذا من عادة الجَبَابِرة والمترفِّين(٢).

ولأبي حنيفة: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه: «**أنه كان على بساطه مرفقةٌ من حرير يتوسَّد بها**»(٣)، وعن أنس رضي الله عنه: «**أنَّه حضر وليمةً، وجلس على وِسادةٍ من حرير**»؛ ولأنَّ هذا استعمال على وجه الإهانة، فلا يُكرَه، بخلاف اللُّبْسِ، ألَا ترىٰ أن التصاوير على البساط لا تُكرَه، وتُكرَه في الثوب.

لبس ما سُدَاه حرير ولُحْمَته غير حرير

(ولا بأس بلبس ما سُدَاه حريرٌ، ولُحْمَته غير حرير، ويُكرَه لبسُ ما كان لُحْمَته من الحرير، وسُداه من غير الحرير في غير الحرب، ولا بأس بذلك في الحرب، وما هو حرير كله، يُكرَه لبسه في الحرب، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس به).

أما لبس ما سُداه من حرير ولُحْمَته غير حرير، لا يُكره في الأحوال كلها؛ لأن الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم كانوا يلبسون الخَزَّ، والخَزُّ سُدَاه من الحرير.

---

(١) لم أجده، وإنَّما روىٰ الحاكم من قول سعد لابن عامر حين استأذن عليه، وقال: «حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه»، المستدرك ٢/٤٩٤.

(٢) في ب، د (المسرفين).

(٣) في الدراية: «أخرجه ابن سعد من طريق راشد مولىٰ بني عامر» نحوه، ٢/٢٢١.

والمعنىٰ فيه من وجهين: أحدهما: أن اللُّحْمَة تكون على ظاهر الثوب، تُرَىٰ وتُشَاهَد، وتُلاقي البَشَرة، فكان تَزَيُّنًا بالحرير، هكذا نُقِلَ عن الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي.

وقضية هذه النكتة[1]: أن السُّدىٰ لو كان ظاهرًا كالعَتَّابي، يُكره لبسه.

والثاني: أن الثوب إنما يصير ثوبًا بالنسج، وتركيب السُّدي باللحمة، واللحمة آخرهما، والحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين، يضاف إلى آخرهما.

فعلىٰ هذا، يجوز لبس العتَّابي ونحوه.

فإن كانت لُحْمَته حريرًا، وسُدَاه غير حرير، لا بأس بلُبسه في الحرب عند الكل؛ لأن لُبس الحرير يُباح عند الضرورة، روي: (أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، أباح للزبير وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما لُبس الحرير؛ لحِكَّةٍ كانت بهما، والحاجة إلى لُبسه في الحرب، تُهِيْب العدو؛ بلونه ولَمَعَانه، ودفع مَعرَّة السَّلاح به.

فأما لبس ما هو حرير كله، لا يُباح في الحرب، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس به.

لهما: ما ذكرنا من الحاجة إلى تهييب العدو، ودفع مَعَرَّة السلاح.

ولأبي حنيفة: النهي العام، والحرام لا يُباح إلَّا لضرورة، والحاجة إلى تهييب العدو وغير ذلك، تندفع بالأدنىٰ، وهو ما كان لُحمته من الحرير؛ لأن اللحمة تكون على ظاهره، وهذا وإن كان حريرًا في الحكم، إلَّا أنه دون الحرير الخالص؛ لمكان الغَزْل فيه، والضرورة إذا اندفعت بالأدنىٰ، لا يصار [٢١٧/ب] إلى الأعلىٰ، وأما حديث عبد الرحمن والزبير؛ فلأن ضرر الحِكَّة لا تندفع إلَّا بالخالص، فأباح لهما لأجل الضرورة.

---

(١) في ب (المسألة).

وما يُكره للرجال لُبسه، يُكرَه للغلمان، والإثم على مَنْ ألبسهم.

التَّختُّم بالذهب والفضة

(ولا يَتَخَتَّم إلَّا بالفِضَّة).

التَّختُّم بالذهب حرام للرجال؛ لحديث نعمان بن بشير: أنَّه اتخذ خاتمًا من ذهب، ودخل على رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: «**مالك اتخذت خاتم أهل النار قبل أن تدخلها**»، ومعناه: كيلا يدخل[1] تحت قوله تعالىٰ: ﴿**أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا**﴾ [الأحقاف: ٢٠]، فرمىٰ به، واتَّخذ خاتمًا من حديد، ودخل عليه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**مالك اتخذت خاتم أهل النار**»، فرمىٰ به، واتَّخذ خاتمًا من صُفْرٍ، ودخل عليه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**ما لي أجد منك ريح الأصنام**»، فنزع ذلك من يده، وقال بأي شيء أَتَخَتَّمُ يا رسول الله؟ فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**تَخَتَّم بالوَرِق، ولا تَزِدْه على مثقال، واجعلها في يمينك**»[2].

ثم ظاهر لفظ الكتاب، يقتضي كراهة التختُّم بالحجر الذي يُقال له: يشب، والأَصَحُّ: أنه لا بأس به؛ لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صُفر، وقد «**روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه كان يتختَّم بالعقيق**»[3].

وإنَّما يُسَنُّ التَّختُّم بالفِضَّة لمن يحتاج إلى [الخاتم][4]: كالسلطان، والقاضي، ونحوه، وعند عدم الحاجة، الترك أفضل.

---

(١) في ب (كيلا تدخلها، وتلا قوله تعالىٰ ...).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٢٢٣)؛ والترمذي (١٧٨٥)؛ والنسائي (٥١٩٥). انظر: جامع الأصول ٤/٧١٤.

(٣) أورده العيني في عمدة القاري، وذكر تكملته: (... وقال: تختَّموا به فإنَّه مبارك)، وقال: فيه نظر، ثم ذكر ما ورد نحوه من الآثار، ٢٢/٣٧.

(٤) في أ (الختم)، والمثبت من ب.

وإذا تَخَتَّم بالفضة، ينبغي أن يكون الفَصُّ إلى بطن الكف، لا إلى ظهره، بخلاف النساء، ويجعله في اليد اليسرىٰ، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**اجعلها في يمينك**»، كان في الابتداء، ثم صار ذلك من علامات أهل البغي؛ لقصة الحكمين.

(**فكان لا يرىٰ بأسًا بالفَصِّ يكون فيه الحجر، فيُجعَل فيه مِسْمار ذهب**)؛ لأنه مغيبٌ، لا يحصل به الزينة، وإنه قليلٌ تبعٌ لغيره.

شد السن المتحرك بالذهب

(**ولا تُشَدُّ السِّنُّ المتحرِّك بالذهب، وتُشَدُّ بالفضة، وقال محمد: لا بأس بالذهب**)، وهو قول أبي حنيفة الأول، وكذا إذا سقط سنه، لا بأس بأن يتخذ سنًّا من فضة، ويُكرَه من الذهب، وكذا لو جَدِعت أنفه، وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضًا.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالىٰ في قول أبي يوسف: منهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة، وهكذا ذكر الكرخي في «مختصره»، وذكر في «الإملاء» قوله مع محمد.

لمحمد: ما روي: «**أن عَرْفَجَة أصيب أنفه يوم الكُلَاب، فاتخذ أنفًا من وَرِق، فأنتن عليه، فأمره النبي عليه الصلاة والسلام أن يتخذ أنفًا من ذهب**»[1].

ولأبي حنيفة: قوله عليه الصلاة والسلام: «**هما حرامان على ذكور أمتي، حِلٌّ لإناثهم**»[2]، والعمل بالعام المتفق على قبوله، أولىٰ من المصير إلى الخاص المختلف في قبوله، ولعل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم خصّ

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٢٣٢، ٤٢٣٣)؛ والترمذي (١٧٧٠)، وقال: «حسن غريب»؛ والنسائي (٥١٦١)؛ وابن حبان في صحيحه ٢٧٦/١٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤٢٥/٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠٥٧)؛ والترمذي (١٧٢٠)، وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٥١٤٥)؛ وابن ماجه (٣٥٩٥)، من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

عَرْفَجَة بذلك، ثم الضرورة ترتفع بالفضة؛ لأنه يمكنه أن يُجدِّدها في كل وقت كيلا تُنتِن، واستعمال الفضة للرجال أيسرُ من استعمال الذهب.

وإذا ثبت هذا في اتِّخاذ السِّنِّ من الذهب، فكذلك في شَدِّهِ بمِسْمار ذهب، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: لا بأس بشدِّها بالذهب؛ لأنه قليلٌ، فيكون عفوًا.

إعادة السِّن إلى مكانها وشدها

وإذا سقطت سِنُّ الرجل، لا يُعِيدُها إلى مكانها ويَشُدُّها، ولكن يأخذ سن شاة ذكِيَّة، فيضعها مكانها؛ لأنه انتفاعٌ بجزء من أجزاء الآدمي بعد الانفصال، فلا يجوز كالشعر.

وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يأخذ سِنَّ نفسه ويُعيدها إلى مكانها، ولا يأخذ سن غيره.

لأبي يوسف: أن السن لا يَتَنَجَّسُ بالموت، وإنما لا يأخذ سن غيره؛ لأنه مستقذرٌ طبعًا، وذكر في «نوازل» أبي الليث: عن أبي يوسف: إذا صلّىٰ ومعه سن نفسه يجوز، ولو صلىٰ ومعه سن غيره، لا يجوز، وقال محمد: يجوز إذا كان مشدودًا بذهب أو فضة.

الخِرقة التي يمسح بها العرق

(ويكره الخِرْقَة التي يمسح بها العَرَق)؛ لما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام: أنه كره ذلك»، ولم يفعلها أحد من الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم، وأنهم كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم[١]؛ ولأنه من التَّكبُّر والتَّجبُّر، وزَيِّ الأعاجم، وقد نهينا عن التشبُّه بالأعاجم على ما قال عمر رضي الله عنه: «**إيَّاكم وزَيّ الأعاجم**».

(١) انظر ما ورد في ذلك من الآثار: مصنف عبد الرزاق ١/٣٦٦؛ وابن أبي شيبة ١/١٣٧؛ «وقال الترمذي في جامعه: لا يَصِحُّ عن النبيِّ صلَّىٰ الله عليه وسلَّم شيء في هذا الباب ـ يعني: أنه تنشَّف بعد وضوئه ـ، قال: ورخَّص قوم من أهل العلم من أصحاب رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم ومن بعدهم في التَّمَنْدُل بعد الوضوء»، كما ذكر ابن الملقن في البدر المنير ٢/٢٥٤.

وقيل: هذا إذا كان مُتَقَوِّمًا، أمَّا إذا لم يكن، فمثله لا يكون على وجه التجبُّر، وكذا الكلام في الخرقة التي يَتَمخَّط بها.

وحاصله: أن كل ما فعل على وجه التجبُّر، فهو مكروهٌ وبدعةٌ، وما فعل لحاجة وضرورة، لا يكره، (وهو نظير التَّرَبُّع، والجُلُوس، والاتِّكاء، إنْ فعل ذلك تَجَبُّرًا يكره، وإن فعل لحاجة وضرورة، لا يكره)[1].

[٢١٩/أ]

ربط الخيط في إصبعه أو خاتمه

(ولا بأس بأن يربط الرجل الخيط في إصبعه أو خاتمه للحاجة)، وروي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أنه كره، وروي: أنه أباحه، وأمر بعض أصحابه بذلك[2]؛ ولأن فيه رعاية حق المسلم؛ ليكون أقرب إلى التَّذكُّر، وأبعد عن النسيان، وترك الاعتماد على حفظه، فكان حسنًا.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

(٢) قال الحافظ: «لم أجده هكذا، وإنَّما أخرج أبو يعلىٰ من حديث ابن عمر: كان النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم إذا أشفق من الحاجة أن ينساها، ربط في إصبعه خيطًا له ليذكرها»، ثم ذكر عمَّن تكلّم فيهم من رجال السند من الضعف والإنكار. انظر: الدراية ٢/٢٢٤، ٢٢٥؛ نصب الراية ٤/٢٣٨.

بَابُ
الكَرَاهِيَةِ فِي الوَطْءِ

استبراء
الجارية قبل الوطء

(رجل اشترىٰ جاريةً، فإنه لا يَقْرَبُها، ولا يُقَبِّلُهَا، ولا يَلْمَسُهَا، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يستبرئها بحيضة).

والأصل فيه: قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس: «**أَلَا لا توطأ الحبالىٰ حتى يَضَعْنَ حملهن، ولا الحيالىٰ حتى يستبرئن بحيضة**»[1]، وإذا حرم الوطء، حرمت الدَّواعي؛ لأن الدَّاعي إلى الحرام حرامٌ، إلَّا في الصوم والحيض، فإنَّه ثَمَّةَ لا تحرم الدواعي؛ لأن الصوم الفرض يستوعب الشهر، والحيض مما يتكرَّر، فلو حرم الدواعي، أدىٰ إلى الحرج؛ ولأن في حالة الحيض والصوم، تيقَّنَّا بالملك، بخلاف المشتراة؛ لاحتمال أنها حاملٌ من البائع، ولم يجُزْ بيعها، وحرمة القربان متى كان لخلل في الملك، تحرم الدواعي.

وعن محمد في المسألة: لا تحرم الدواعي.

ما يجوز
من النظر من المحارم

ووجه الفرق بينها وبين المشتراة على هذه الرواية: ما قلنا: قال: **(ولا بأس بأن ينظر مَحْرَمُ المرأة منها إلى رأسها، ويكره أن ينظر إلى ظهرها، وبطنها، وفرجها، وفخذها).**

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧)؛ والحاكم في المستدرك وصحَّحه ٢/٢١٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/٣٢٩. انظر: جامع الأصول للجزري ٢/٢٧٠.

والأصل في إباحة النظر إليها: قوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا**﴾ [النور: ٣١]، ذكر الزينة وأراد به: موضع الزينة بحكم المجاورة، لا نفس الزينة، فإن النظر إلى نفس الزينة مباحٌ مطلقًا، وللمرأة زينتان: ظاهرةٌ وباطنةٌ، فالزينة الظاهرة: الكُحْل، والخِضَاب، والخَاتَم، والزينة الباطنة: القُرْط، والسِّوَار، والخَلْخَال، والدُّمْلوج، والقِلَادة، والله تعالىٰ أباح النظر للمَحْرَم إلى مواضع الزينة مطلقًا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ** ...﴾ الآية [النور: ٣١]؛ ولأنَّ في تحريم النظر إلى هذه المواضع، مع الأمر للأقارب بالصِّلَةِ والتَّزَاوُر، إيقاعٌ في الحرج، والظهر والبطن والفخذ عورةٌ، ليست من مواضع الزينة، ولهذا سمّىٰ التشبيه بظهر الأم: منكرًا من القول، ولو كان حلالاً لم يَكُنْ منكرًا.

ولا بأس للأجنبي أن ينظر إلى مواضع الزينة الظاهرة؛ لِمَا تلونا من النص؛ ولأنها قد تحتاج إلى إظهار ذلك في التكسُّب.

(**رجل أراد أن يشتري جاريةً، لا بأس بأن يَمُسَّ ساقها، وذراعها، وصدرها، وينظر إلى ساقها وصدرها مكشوفين**)؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه: (**أنَّه مرَّ بأمة تُباع، فضرب بيده على صدرها وقال: اشتروها، فإنها رخيصةٌ**)؛ ولأنَّه يحتاج إلى ذلك حتى يَعرِف لين جسدها.

وعن محمد: أنه يَكره للشَّابِّ مسَّ شيء من أعضائها؛ لأن بالنظر كفايةٌ.

وأبو حنيفة لم يرَ بذلك بأسًا لمكان الحاجة، إلَّا أنَّ في [غير] حالة الشراء، يُباح [النظر بشرط عدم الشَّهوة، وفي حالة الشراء، يُباح] النظر عن شهوة، ولا يُباح المَسُّ مع الشَّهوة؛ لأنَّه استمتاعٌ بها.

ما ينظر من المُظَاهر

(والمُظَاهر لا يقرب، ولا يمُسُّ، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة)[١]؛ لأنَّه حرم الوطء زجرًا، فتحرم الدواعي.

الجمع بين الأختين في الاستفراش

(رجل له أَمَتان أختان، فقَبَّلَهُما لِشَهْوَة، لم يجامع واحدة منهما؛ ولا يمُسَّها، ولا يُقبِّلها، ولا ينظر إلى فرجها لشهوة، حتى يُمَلِّك فرج الأخرىٰ من غيره بنكاح أو ملك، أو يُعتِق الأخرىٰ)؛ لأنَّ الله تعالىٰ عطف الجمع بين الأختين على تحريم الأمهات والأخوات، والمراد من تحريم المعطوف عليه: تحريم اقتضاء الشهوة بسبب من الأسباب، فكذلك الجمع بين الأختين، حرام في اقتضاء الشهوة، فكان تحريم استفراش الأمهات والبنات، تحريم الجمع بين الأختين في الاستفراش بأيِّ سببٍ كان.

وإذا حَرُم الجمع بينهما وطئاً[٢]، حَرُم بدواعيه، فإذا قَبَّلهما لشهوة، فقد ارتكب حرامًا، ونزل منزلة وطئهما، ولو وطئهما، لا يَحِلُّ له وطء واحدة منهما، حتى تخرج الأخرى عن ملكه بإعتاق أو غيره؛ كيلا يصير جامعًا بينهما وطئًا حكماً، كذلك هاهنا.

ولا يحرُم الجمع بينهما بملك اليمين؛ لأنه ليس لسبب موضوع للوطء، بخلاف النكاح.

وعن علي رضي الله عنه: أنه سئل عن الجمع بين الأختين وطئًا بملك اليمين، فقال: حرَّمتهما آيةٌ، وأحلَّتهما آيةٌ[٣]، والتحريم أولىٰ، وأراد بالمحرِّمة: هذه الآية، وأراد بالمُحلِّلة: قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦].

---

(١) وتكملتها في الجامع الصغير (حتىٰ يُكَفِّرَ)، ص٥٥٣.

(٢) العبارة في ب (بينهما في اقتضاء الشهوة وطئًا).

(٣) أورده ابن عطية من قول عثمان بن عفان رضي الله عنه، ونحو هذا عن ابن عباس رضي الله عنهما. المحرر الوجيز ص٤١٩.

النظر إلى عورة الأمة

(وإذا حاضت الأمة، لم تُعْرض في إزار واحد)؛ لأن الإزار لا يستر الظهر والبطن، وهما عورتان، والنظر إلى العورة حرامٌ.

[٢١٨/ب] وعن محمد: التي بلغت حد الشهوة في هذا، بمنزلة التي حاضت؛ لأنه حرُم الكشف لخوف الفتنة، وخوف الفتنة قائمٌ.

تقبيل الرجل فَمَ الرجل أو يده أو معانقته

(ويكره أن يُقَبِّلَ الرجل فَمَ الرجل، أو يده، أو شيئًا منه، أو يُعَانِقه، ولا بأس بالمصافحة).

وذكر في «شرح الآثار»: أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا بأس بالمعانقة، والتقبيل، قالوا: هذا إذا كانت المعانقة في إزار واحد، فإن كان عليه قميصٌ أو جُبَّةٌ، أو كانت القُبْلَة على وجه المَبَرَّة دون الشهوة، لا بأس به.

لأبي يوسف: ما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أنه عانق جعفرًا حين قدم من الحبشة، وقبَّل بين عينيه[١]، والصحابة رضي الله عنهم كانوا يُقَبِّلُون أطراف رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم[٢].

ولهما: ما روي: «**أنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن المُكَامَعَة، والمكاعمة**». فالمكامعة: المعانقة، والمكاعمة: التقبيل[٣]، وعن أنس رضي الله عنه: أنه

---

(١) أورده البغوي في شرح السُّنَّة وغيره من الآثار ١٢/٢٩٢.

(٢) ذكره محمود ابن إسماعيل الجذبتي في الدرَّة الغراء ١/٢٦٨؛ وعامة الفقهاء في كتبهم.

(٣) «رواه ابن أبي شيبة في مصنَّفه بلفظ: (كان رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم ينهىٰ عن مكامعة أو مكاعمة المرأة المرأة ليس بينهما شيء، وعن مكامعة أو مكاعمة الرجل الرجل ليس بينهما شيء)، وأخرج منه أبو داود والنسائي حديث المكامعة فقط»، كما في نصب الراية ٤/٢٥٦.

مصافحة الرجل الرجل

سأل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: أيُعانِق بعضنا بعضًا؟، فقال عليه الصلاة والسلام: «**لا**»، فقال: أو يُقبِّل بعضهنا بعضًا؟، فقال: «**لا**»، فقال: أيصافح بعضنا بعضًا؟، قال: «**نعم**»[1].

وعن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**إذا لقي المؤمن أخاه، فصافحه، تناثرت ذنوبه**»[2]، ورسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم كان يصافح الرجال في المبايعة دون النساء، ففي إباحة المصافحة آثارٌ كثيرةٌ، وهي سُنَّةٌ متوارِثةٌ.

***

(١) أخرجه «الترمذي، وابن ماجه»، كما ذكر ابن الملقن، وذكر ما قيل في بعض رواته. انظر ما ورد فيه من الآثار: مصنف ابن أبي شيبة ٥/٢٤٦.

(٢) أخرج نحوه الطيالسي في مسنده ١/١٠٢؛ وأورد الخادمي عددًا من الأحاديث في هذا الباب في بريقة محمودية ٥/٢٨٠.

بَابُ
الكَرَاهِيةِ فِي البَيْعِ

قبول قول الواحد في المعاملات

(رجل علم بجارية أنها لرجل، ثم رآها في يد آخر يبيعها ويقول: وكَّلَنِي صاحبها ببيعها، وَسِعَه أن يبتاعها منه، ويطأها)؛ لأن قول الواحد مقبولٌ في المعاملات، عدلاً كان أو فاسقًا، مسلمًا كان أو كافرًا، حرًّا كان أو عبدًا؛ لمساس الحاجة في بعث الهدايا على أيدي المماليك والصبيان.

والأصل فيه: حديث بريرة: أنها كانت تُهدِي إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وهو يَقْبَلُ منها، وعليه إجماع المسلمين.

وعلى هذا، لو جاءت أمة الرجل إلى رجل، وقالت بعثني مولاي إليك هديةً، وَسِعَه أن يأخذها ويطأها إذا وقع في قلبه أنها صادقةٌ؛ لأثرٍ جاء عن علي رضي الله عنه في هذا.

مسلم باع خمرًا وقبض ثمنها، فقضى به دينه

(مسلم باع خمرًا وقبض ثمنها، فقضىٰ به دينه، يكره لصاحب الدين أن يقبض)؛ لأنَّ الخمر ليس بمتقوَّم في حق المسلم، فلا يصح بيعها ولا يملك ثمنها بالقبض، وإن كان البائع نصرانيًّا، لا بأس به؛ لأن بيع الخمر في حقهم، كبيع الخَلِّ والعصير.

الاحتكار والتلقي

قال: (وإذا كان الاحتكار والتلقِّي في أرض لا يُضِرُّ بأهلها، لا بأس به، وإن كان في مصر يُضِرُّ بأهلها، فهو مكروهٌ).

اعلم أن الاحتكار على وجوه: منها ما هو مكروهٌ أشدَّ الكراهة، ومنها ما ليس بمكروه، ومنها ما اختلفوا في كراهيته.

أما الأول: إذا اشترىٰ طعامًا في المصر، ونقله إلى بيته، وأمسكه، وذاك يُضِرُّ بأهله، فهو مكروهٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الجالب مرزوقٌ، والمحتكر ملعونٌ**»[1]؛ ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**من احتكر طعامًا أربعين يومًا، فهو بريء من الله تعالىٰ، والله تعالىٰ بريءٌ منه**»[2]؛ ولأنَّ ما جلب إلى فُسطاط المصر، تعلَّق به حق أهل المصر، فإذا أمسكه، صار ظالمًا.

والذي لا بأس به: أن يذهب إلى مصر ويشتري، وينقله إلى مصر ويمسكه، وبالناس حاجة إليه، لا بأس به؛ لأنه جالبٌ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**الجالب مرزوقٌ**»؛ ولأنَّ حق أهل المصر لم يكن متعلقًا بما اشترىٰ، فلا يصير ظالمًا بالإمساك، ويستحب له أن يبيع، وعن أبي يوسف: أنه كره ذلك، فكان فيه نوعُ كراهة.

وكذا لو امتنع عن بيع ما حصل من زرعه، لا بأس به.

وأما الذي اختلفوا فيه: إذا اشترىٰ من رُستاق مصره، ونقله إلى بيته، وأمسكه وبالناس حاجةٌ إلى بيعه، عند أبي حنيفة: لا بأس به، وهو قول أبي يوسف، سواء كانت القرية قريبةً أو بعيدةً.

---

(١) قال الحافظ: «رواه ابن ماجه، وإسحاق بن راهويه، والحاكم، والدارمي، وعبد الرزَّاق، وأبو يعلىٰ من حديث عمر، وفي إسناده عَلِي بن سالم، وفي ترجمته ذكره العقيلي في الضعفاء، وفي الباب عن معمر بن عبد الله، رَفَعه: «لا يحتكر إلَّا خاطئ»، أخرجه مسلم». الدراية ٢/٢٣٤.

(٢) رواه الرازي في عِلَل الحديث، وقال: «هذا حديث منكر، وأبو بشر لا أعرفه» ١/٣٩٢؛ ونحوه ابن حزم في المحلىٰ، وقال: «وهذا لا يصح؛ لأن أصبغ بن زيد، وكثير بن مرة، مجهولان» ٩/٦٤. انظر: البدر المنير ٦/٥٠٧.

وقال محمد: كل قرية تُجلَب طعامها إلى المصر، فهي بمنزلة المصر، فالشراء فيها والشراء في المصر سواء؛ لأن بقاء أهل المصر بنقل الطعام إليهم من القرىٰ.

الاحتكار المكروه

ثم الاحتكار المكروه: لا يتحقق في قول أبي حنيفة، إلَّا في قُوْت الناس، كالحنطة، والشعير، والدُّخْن، والذُّرَة، والأرُزِّ إذا كان في موضع يتخذون الخُبز من الأرُز، وعلف الدواب كالقَتِّ، والتِّبن، ولا يتحقق فيما سوىٰ ذلك.

[٢٢٠/أ] وقال أبو يوسف: كل ما يضرُّ بالناس إمساكه، كالقُطْن، والزيت، ونحو ذلك، فهو احتكارٌ.

وقال محمد: الاحتكار المطلق إنما يكون في القُوْت المطلق؛ لأنه يحتاج إليه كل يوم، بخلاف الثوب.

ولا يُكرَه في مدة يسيرة، وإنما يكره في المدة الطويلة، وفي الحديث قدّره بأربعين يومًا، وعن أصحابنا: أنه مقدَّرٌ بالشهر؛ لأن ما دون الشهر قليلٌ، والشهر كثيرٌ، أصله: مسألة اليمين، والأجل في السَّلَم.

وإذا رفع المحتكر إلى القاضي، يأمره ببيع ما يفضل عن قُوته وقُوت عياله، على اعتبار السَّعَة، يأمره ببيع ما يفضل بمثل القيمة، أو بغبن يسير، ولا يُسعِّر؛ لِمَا روي: (أن الطعام عَزَّ بالمدينة، فقيل لرسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم: ألا تُسَعِّر للناس؟، فقال: «**لا، المُسَعِّر هو الله القابض الباسط**»[1]، وإنْ باع بضِعْف قيمته، يمنع عنه؛ دفعًا للضرر عن الناس.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣/٢٨٦؛ وأبو داود (٣٤٥١)؛ والترمذي (١٣١٤)، قال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٢٠٠)؛ وابن حبان في صحيحه ١١/٣٠٧.

فإنْ امتنع عن البيع بعدما تقدَّم إليه الإمام، باعه الإمام، قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: لا يبيع؛ لأنَّه لا يرىٰ الحجر على الحر، وقيل: لا، بل هذا قول الكل، وهو الصحيح؛ لأن فيه ضررًا عامًا، وأبو حنيفة يرىٰ الحجر إذا عَمَّ الضرر.

وتَلَقِّي الرُّكْبان مكروهٌ إذا كان يضُرُّ بأهل المصر، فإن كان لا يضُرُّ، لا بأس به إذا كان لا يُلبِّس على التُّجار سِعْرَ البلد، فإن لَبَّس، يُكرَه؛ لمكان الغرور.

بيع بيوت مكّة وأراضيها، وإجارتها

(قال: ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة، ويُكرَه بيع أراضيها) وإجارتها.

أما البناء؛ فلأنَّه ملك الباني، فيجوز بيعه، كالبناء في أرض موقوفة، أو شجر أنبته إنسان في أرض مكة، فإنه يكون مملوكًا، ولا يكون له حرمة الحرم، بخلاف ما نبت بنفسه[1]، مما لا يُنْبِتُه الناس.

أما بيع الأرض مكروهٌ، وقال أبو يوسف ومحمد، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا بأس به، وهو قول الشافعي؛ لتوارُث أهل مكة بيعها، وإجارتها، وقسمتها في المواريث من غير نكير.

وجه ظاهر الرواية: ما روىٰ ابن عمر رضي الله عنه، عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه قال: «**مكة حرام، وبيع رباعها حرام، وأكل ثمنها حرام**»، وفي رواية: «**أن مكة حرام، لا تُباع رباعها، ولا تُورَث**»[2]؛ ولأن موضع الحرم، وقف الخليل صلوات الله وسلامه عليه.

---

(١) في ب (بخلاف ما إذا نبت في أرض مكة بنفسه).

(٢) أخرجه الفاكهي في أخبار مكة ٢٤٣/٣؛ وأبو عبيد في الأموال ٨٤/١، ٨٥؛ والدارقطني في سننه ٥٨/٣؛ قال الحافظ ـ من جهة الدارقطني ـ: «وإسماعيل، قال البخاري: منكر الحديث، وفي ترجمته أخرجه ابن عدي والعقيلي في الضعفاء»، الدراية ٢٣٦/٢. انظر: نصب الراية ٢٦٥/٤.

بَابُ
مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

(جاريةٌ جاءت إلى رجل وقالت: بعثني مولاي إليك هديةً، وَسِعَه أن يأخذها)، وقد ذكرنا.

إجابة الدعوة والتناول

(رجل دعي إلى وليمة أو طعام، فوجد ثَمَّة اللَّعْبَ والغِناء، لا بأس بأن يقعد ويأكل)؛ لأنَّ إجابة الدعوة والتناول من الحلال، سُنَّةٌ، قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**من لم يجب الدعوة، فقد عصىٰ أبا القاسم**»، قال: «**ولو دُعِيْتُ إلى كُراعٍ، لأجبتُ**»[1]، فلا يتركها لمعصيةٍ اقترنت بها، بل يُتِمُّها بالتناول، ولا يبطلها بالانصراف، بمنزلة صلاة الجنازة، لا يتركها لصوت النساء.

ويمنعهم عمّا لا يحل إن قدر عليه، وإن لم يقدر يسكت؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا رأىٰ أحدكم منكرًا فليُغيِّره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان**»[2]، وهذا إذا لم يكن ذلك على المائدة، بل كان في المنزل.

---

(١) أخرجه البخاري بلفظ: «من ترك الدَّعوة، فقد عصىٰ الله تعالىٰ ورسوله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم»، والحديث الآخر (٤٨٨٢، ٤٨٨٣).

(٢) أخرجه مسلم (٤٨).

فإن كان ذلك على المائدة، أو كانوا يشربون الخمر على المائدة، لا يقعد؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨]؛ ولأن هذا موضع نزول اللعنة، فلا يقعد، وهذا إذا كان خاملَ الذِّكر.

فإن كان ممن يُقتدىٰ به، لا يقعد على كل حال؛ لأنه لو قعد، فإذا رآه بعض الجهال، يعتقد أنه حلال، فيُؤدِّي إلى فتح باب المعصية، **(وعن أبي حنيفة أنه قال: ابتُليتُ بهذا مرَّة، فصبرتُ)**، وذاك محمولٌ: على أنه لم يكن مقتدى به في ذلك الوقت، وهذا إذا لم يعلم بذلك قبل الدخول.

فإن علم قبل الدخول، إن كان محترمًا يعلم أنه لو دخل عليهم يتركون ذلك؛ احترامًا له، كان عليه أن يدخل؛ لأن فيه نهيٌ عن المنكر، وإن علم أنه لو دخل عليهم لا يتركون، لا يدخل، ولا تلزمه الإجابة.

وقول محمد: فوجد ثمة اللعب والغناء، دليل على أن الضرب بالقضيب والتغنِّي حرام؛ لأنه لَهْوٌ ولعبٌ.

عيادة اليهودي والنصارى والمجوس

(ولا بأس بعيادة اليهودي والنصارىٰ)؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أنه عاد جاره اليهودي، وقعد عند رأسه، وقال: «**قل: لا إله إلَّا الله محمد رسول الله**»، فنظر اليهودي إلى رسول الله، فقال له أبوه: أَجِبْه، فأجابه وقال: أشهد أن لا إله إلَّا الله، وأنَّ محمدًا رسول الله، فقال عليه [٢١٩/ب] الصلاة والسلام: «**الحمد لله الذي أنقذ بي نسمةً من النار**»[1]؛ ولأنَّا نُدِبْنا إلى أن نُؤلِّفهم، ويدعوهم إلى الإسلام بأحسن الطرق، وعيادته ربما يصير سببًا لذلك.

---

(١) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة ١/٥٠٤. انظر: نصب الراية ٤/٢٧١؛ عمدة القاري ٨/٢٠.

وأما عيادة المجوس، منهم من قال: لا بأس به؛ لِمَا قلنا في حق اليهودي والنصراني، وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المجوس أبعدُ عن الإسلام من اليهودي والنصراني؛ ولهذا لا تَحِلُّ ذبيحة المجوس، ونكاحهم، بخلاف اليهود والنصارىٰ.

واختلفوا: في عيادة الفاسق أيضًا، والأصح: أنه لا بأس به؛ لأنه مسلم، والعيادة من حقوق المسلمين.

الصلاة على الجنازة في المسجد

(**وتكره الصلاة على الجنازة في المسجد**)، وقال الشافعي: لا تكره؛ لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: «**أنَّه صلّىٰ على جنازة سهيل بن عمرو في المسجد**»[١].

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**من صلىٰ على جنازة في المسجد، فلا شيء له**»[٢]، وفي رواية: «**فلا أجر له**»، وعن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**جنّبوا مساجدكم صبيانكم، ومجانينكم**»[٣] ... إلى أن قال: «**وموتاكم**»، والمعنىٰ فيه من وجهين: أحدهما: أنَّا أُمِرْنا بصيانة المسجد عن النجاسة، والتلويث، وفي إدخال الميت يتوهم التلطُّخ والتلويث، والناس توارثوا من لَدُنْ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إلى يومنا إعدادَ موضع على حِدَةٍ لصلاة الجنازة، فلو جازت في المسجد، لما تكلَّفوا لذلك.

---

(١) أخرجه مسلم بلفظ: (ما صلَّىٰ رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم على جنازة سهيل بن المبيضاء إلَّا في المسجد) (٩٧٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣١٩١)؛ وابن ماجه (١٥١٧)؛ وأحمد في المسند ٢/٥٠٥؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤/٥٢.

(٣) قال الحافظ: «أخرجه ابن ماجه، والطبراني، وابن عدي، فاختلف فيه على مكحول، وأسانيده كلها ضعيفة، وذكره عبد الحق من طريق البزار من حديث ابن مسعود، قال: وليس له أصل»، الدراية ١/٢٨٨.

وما روي، فهو محمولٌ على العذر، [قيل]: كان ذلك يوم المطر، وعند تحقق الضرورة والعذر، لا بأس به.

وإن كانت الجنازة والإمام مع البعض خارج المسجد، وسائر الناس في المسجد، فصلوا كذلك، هل يكره؟ اختلفوا فيه: فعلىٰ الطريقة الأولىٰ: يجوز؛ لوقوع الأمن عن النجاسة، وعلى الطريقة الثانية: يكره، وهو قول الطحاوي، واختيار الفضلي.

قول الرجل في الدعاء: (أسألك بمعقد العز من عرشك)

(ويكره أن يقول الرجل في دعائه: أسألك بمَعْقَدَ العِزِّ من عرشك)، وهاهنا عبارتان: «مقعد» من القعود، و«معقد» من العقد، فالأول باطل لا شك فيه؛ لأن الله تعالىٰ لا يُوصَف بالقعود، والمعروف: هو العبارة الثانية، وهو مكروه أيضًا؛ لأنه يُوهِم تعلقَ عزِّه بالعرش، والعرش حادثٌ، فما يتعلق به يكون حادثًا، والله تعالىٰ متعالٍ عن تعلُّق عزِّه بشيء.

وعن أبي يوسف: أنه لا بأس به؛ لأن المسلمين يذكرون ذلك في دعائهم، وعن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه كان يقول في دعائه: «**اللهم إني أسألك بمَعْقَد العِزِّ من عرشك**»[1]، والأحوط جواب الكتاب.

ويكره أن يقول: أعطني بحق فلان كذا، أو بحق محمد عليه الصَّلاة والسَّلام عليك كذا؛ لأنه لا حق لأحد على الله تعالىٰ.

اللعب بالنرد والشطرنج

(ويكره اللعب بالنرد والشطرنج، والثلاثة عشر، والأربعة عشر، وكل اللهو).

---

(١) أخرجه الطبراني في الدعاء ١/ ٩٦؛ والبيهقي في الدعوات الكبير ٢/ ١٥٧؛ والأسماء والصفات ١/ ٢٦٧؛ ورواه ابن الجوزي في الموضوعات كما في نصب الراية ٤/ ٢٧٢.

أما الشِّطْرَنْج، فما كان قِمَارًا، فهو حرامٌ بإجماع المسلمين، وما خلا عن القمار، فهو عَبَثٌ، وأنه حرامٌ، قال الله تعالىٰ: ﴿**أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَٰكُمْ عَبَثًا**﴾ [المؤمنون: ١١٥]، وقال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**كل لعب ابن آدم حرام، إلَّا ثلاثة: تَأْدِيَبه فَرَسه، ورَمِيه عن قَوْسه، ومُلاعَبَته أهله**»(١).

وعن الشافعي أنه قال: لا بأس بالشِّطْرَنْج؛ لأنه ضربٌ من الأدب، وُضِع للحَذاقة، وتزكية الفهم، ويتعلم به أمر الحرب والجهاد.

وهو باطلٌ؛ لِمَا رويناه عن علي رضي الله عنه: «**أنه مرَّ بقوم يلعبون بالشِّطْرَنْج، فلم يُسلِّم عليهم، وقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون**»(٢)؛ ولأنَّه ربما يصُدُّ صاحبه عن الجُمَع والجماعات.

وما قال من المنفعة، فهي موهومةٌ لا تُعتَبر، فمن قامر بالشِّطْرَنْج، لا تُقبَل شهادته؛ لأنه ارتكب كبيرةً، ومن لم يُقامِر لا تبطل شهادته؛ لأنه متمسك بقول بعض الناس، متأوِّلٌ فيما فعل.

ولم ير أبو حنيفة بأسًا بالسلام عليهم؛ لأن السَّلام يُشغِلهم عمَّا هم فيه، وأبو يوسف كَرِهَ السَّلام عليهم إهانةً واستخفافًا.

دخول أهل الذمة المسجد الحرام

(**ولا بأس أن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام**)، وكذا سائر المساجد، وقال مالك: لا يدخلون مسجدًا، وقال الشافعي: يمنعون عن دخول المسجد الحرام، ولا يمنعون عَمَّا سواه(٣).

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١٤٨/٤؛ وعبد الرزاق في المصنف ٤٦١/١١؛ وسعيد بن منصور في سننه ٢٠٨/٢. انظر: كنز العمال ١٥١/٤.

(٢) أورده ابن الملقن، وقال: «هذا الأثر رواه البيهقي في سننه»، البدر المنير ٦٧١/٩؛ والمتقي الهندي في كنز العمال بطرق مختلفة ٩٨/١٥.

(٣) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٥٥١.

واحتج الشافعي بقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُواْ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَاۚ﴾ [التوبة: ٢٨].

ومالك يقول: نجاسة الكفر أغلظُ من نجاسة الجنابة، ثم الجنب يمنع عن دخول المسجد، فالكافر أولىٰ.

[٢٢١/أ] **ولنا** ما روي: (أنَّ وفد ثقيف جاؤوا إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام أن يُضرَب لهم خيمةٌ في وَسْط المسجد فنزلوا فيها، فقيل: إنهم أنجاسٌ يا رسول الله، فقال: «**نجاستهم في اعتقادهم، لا على الأرض**»).

وأما الآية، قلنا: إنما نهاهم؛ لأنهم كانوا يطوفون عُراةً، ويتكلمون بالفواحش، فالله تعالىٰ نهاهم عن ذلك، لا عن الدخول، وإنما يمنع الجنب عن دخول المسجد؛ لأنَّ دخول المسلم يكون للصلاة غالبًا، فنهي عن ذلك، حتى قال بعض الناس: لا بأس للجنب أن يدخل المسجد لغير الصلاة؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ﴾ [النساء: ٤٣]، ولسنا نأخذ بهذا القول.

قبول هدية المملوك

(**ولا بأس بقبول هدية المملوك التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة دابته، ويكره كسوته الثوب، وهبته الدراهم**)، والقياس: أن يجمع في المنع بين الكل؛ لأنه متبرِّعٌ بملك المولىٰ، وبحق الغُرماء، وإنما استحسنا في الهدية اليسيرة، والضيافة اليسيرة، والاستعارة؛ لِمَا رُوي عن النبي عليه الصلاة والسلام: «**أنَّه كان يجيب دعوة المملوك**»[1]، «**وقَبِلَ هدية سلمان الفارسي**»[2]، وأنه كان

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩٦)؛ وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد، وقال: «رواه البزار، وإسناده حسن» ٩/ ٢٠.

(٢) أورده الحافظ، وقال: «أخرجه ابن حبان»، الدراية ٢/ ٢٤٠.

مملوكًا في ذلك الوقت؛ ولأن فيه ضرورةٌ؛ لأنَّ التاجر إذا فتح دكانه، لا بُدَّ أن يجلس على دكانه من يحتاج إلى شُربة ماء، ويحتاج إلى الضيافة اليسيرة؛ لتميل إليه قلوب المجاهرين، فتكثر تجارته، ويحتاج إلى الإعارة أيضًا، فإنه إذا باع دُهنًا في زَقٍّ، يحتاج إلى أن يُعِير الزَّقّ، ولا ضرورة في الدراهم والدنانير، وقيل: لا بأس بأن يتصدَّق من فَلس إلى دانق، وذكر في «الكتاب»: أنه لا تُقبَل منه هدية الدراهم والدنانير، ولم يُفصِّل.

قبض الهبة والصدقة للَّقيط

(**رجل في يده لقيط، ليس له أب، فإنه يجوز له قبض الهبة والصدقة**)، وكذا قبول الهبة والصدقة؛ لأن قبول الهبة والصدقة وقبضهما، نفعُ محض، والذي يَعُوْلُ لقيطًا، أولىٰ الناس بإيصال النفع إليه؛ لأنه أحق بتربيته، وربما [لا] يكون له مال يصرفه في تربيته، فيحتاج إلى قبول الهبة والصدقة.

التصرف على الصغير أنواع

ثم التصرُّف على الصغير أنواع: نوعٌ هو من باب الولاية: كالإنكاح، والبيع، والشراء، لا يملكه إلَّا الأولياء كالأب ونحوه.

ونوعٌ هو من باب الضرورة: كشراء ما لا بُدَّ منه للصغير، وبيع ذلك يملكه كلُّ مَنْ يعوله: كالأم، والأخ، والعم، والملتقط إذا كان في حِجْرهم، وما يملكه هؤلاء، يملكه الأولياء بطريق الأولىٰ، إلَّا أنه لا يشترط في حق الأولياء أن يكون في حِجْرهم وأيديهم.

ونوعٌ هو نفعُ محضٍ، يملكه الصبي العاقل، والأم، ومَنْ يعوله من الأخ، والعم، والملتقط؛ لأن ما هو نفع، كان بمنزلة الإنفاق عليه، وقبول الهبة والصدقة وقبضهما نفعُ محضٍ؛ ولأن عامة نفقات الصغار من صدقات المسلمين وهداياهم.

ثم ذكر في الكتاب: صغيرٌ ليس له أبٌ، وعدم الأب ليس بشرط لولاية قبول الهبة وقبضها لمن يعول الصغير، فإنه ذكر في كتاب الهبة: صغيرةٌ لها زوجٌ يعولها، ولها أبٌ، فوهب لها هبةً، فقبضت هي، أو أبوها، أو زوجها، يصح.

إجارة الملتقط الصغير

(**ولا يجوز للملتقط أن يُؤاجِر الصغير**)؛ لأن الإجارة فيها إلزام تسليم النفس، فلا تتمحَّض منفعةً، (**ولو كان الصغير في حِجْر أُمه، فأجرته، جاز**)؛ لأن الأم لها ولايةٌ على الصغير، فإنها تملك التزويج عند عدم العصبة، وتملك التصرُّف في المنقول من ماله، وتستخدمه، وتعلمه العمل بنفسها، أو تُسلِّمه إلى من يعلمه العمل، وتستعمله بغير أجر، فبالأجر أولىٰ.

(**ويكره أن يجعل الرجل في عُنُق عبده الراية، ولا يكره أن يُقَيِّده**).

أما التقييد؛ فلأن فيه تحصين ماله، ومنعه عن الإباق، والتمرُّد، ويجوز تقييد الذاعر والسَّفِيه، فالعبد أولىٰ.

وأما الراية: فهو طوقٌ من حديد مسمَّرٌ بمِسْمار عظيم، وأنها من رسوم الكفرة، وعقوبة أهل النار، فلا يجوز بين المسلمين، قالوا: هذا كان في زمانهم[1] عند قلة الإباق، أما في زماننا[1]: لا بأس به؛ لغلبة الإباق، خصوصًا في الهُنود.

قال: (**ولا بأس بأخذ الأجر على حمل خمر لذمي، ويطيب له، وفي الاستحسان: يكره، وهو قول أبي يوسف ومحمد**).

لهما: أنه إعانةٌ على المعصية، فيكره؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ**﴾ [المائدة: ٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**لعن الله في الخمر عشرًا**»[2]، وذكر من جملتهم: «**الحامل والمحمول إليه**».

---

(١) في ب (ديارهم ... ديارنا).

(٢) أخرجه المقدسي في المختارة ٦/١٨٢؛ والطبراني في الأوسط ٢/٩٣؛ «وأخرجه الترمذي وابن ماجه»، كما في نصب الراية ٤/٢٦٤.

[٢٢٠/ب] وجه القياس، وهو قول أبي حنيفة: إنَّ المعصية ليست من لوازم الحمل، فإن الحمل قد يكون للتخليل [والإراقة]، وإنَّما تحصل المعصية بفعل تعلَّق باختيار الفاعل، فلا يوجب كراهة الحمل، كما لو استأجره لحمل الميتة، أو النجاسة، أو لعصير العنب.

والحديث محمولٌ: على ما إذا كان الحمل لأجل الشرب، ولا كلام فيه.

الحقنة للتداوي

(ولا بأس بالحُقْنَة)؛ لأنه ضربٌ من التَّداوي، والتَّداوي مباحٌ بإجماع المسلمين، لكن لا تستعمل فيها الحرام، كالخمر؛ لأن التداوي بالحرام باطل، ولم يفصل بين الرجال والنساء.

فإن فعل لأجل السَّمْن لا للتداوي، عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس به؛ لأن الهُزال إذا تناهىٰ يُورِث السلَّ.

رزق القاضي

(ولا بأس برزق القاضي؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «أنه بعث عتَّابَ بن أُسيد قاضيًا إلى مكة، وفرض له رزقًا»)[1]، وبعث عليًّا رضي الله عنه إلى اليمن، وفرض له رزقًا، وأبو بكر رضي الله عنه كان يأخذ كفايته من بيت المال، وكذلك عمر رضي الله عنه؛ ولأن القاضي محبوسٌ لحق المسلمين، عاملٌ لهم، فيستوجب النفقة على من وقع الحبس له، كالمرأة، والوصي، والمضارب إذا سافر بمال المضاربة، ومال بيت المال، مال المسلمين، فكانت كفايته في بيت المال، فإن كان القاضي محتاجًا، فالأفضل له أن يأخذ، بل يجب عليه؛ لأنه لا يتوصل إلى إقامة العمل إلَّا به.

---

(١) إنما روىٰ الحاكم في المستدرك، عن مصعب بن عبد الله الزبيري قال: استعمل رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم عتاب بن أسيد على مكَّة، وتوفِّي رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم وهو عامله عليها... . كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٨٦.

وإن كان غنيًّا، اختلفوا فيه: قال بعضهم: الترك أفضل احتياطًا، ألا ترىٰ أن عثمان رضي الله عنه لم يأخذ، وقال بعضهم: الأخذ أفضل؛ لأنه لو لم يأخذ، ينقطع، فيُؤدِّي إلى ترك النظر لمن بعده من المحتاجين، فيُعطىٰ رزقه حتى يخرج الخراج، وفي ديارنا: يُؤخَذ الخراج في أول السنة، لا للسنة الماضية.

فلو أخذ الرزق في أول السنة، ثم عزل قبل تمام السنة، هل يجب عليه ردُّ حصة ما بقي من السنة؟ اختلفوا فيه: قال بعضهم: يجب، وقال بعضهم: على قول محمد: يجب، وعلى قول أبي يوسف: لا يجب، وقاسوا على نفقة الزوجة إذا استعجلت نفقة السَّنَة، فمات الزوج في نصف السنة، ردَّتْ نفقة ما بقي عند محمد، هذا إذا أخذ القاضي رزقه على وجه الكفاية، لا على وجه الشرط.

فإن أخذ على وجه الشرط، فهو باطلٌ؛ لأنه استئجارٌ على الطاعة، فلا يجوز.

ولا بأس أن تسافر الأمة من غير مَحْرَم، وكذلك أم الولد؛ لأن الأجانب ملحَقٌ بالمحارم في حق الإماء في حكم النظر والمس، فكذلك في حق المسافرة. والله أعلم.

كِتَابُ العِتْقِ

قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي

(رجل قال: كل مملوك أملكه فهو حرٌ بعد موتي، وله مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكًا آخر ثم مات، فالذي كان عنده مدبَّرٌ، والذي اشتراه ليس بمدبَّرٍ، وإن مات عُتِقا من الثُّلُث، وكانا شريكين في الثلث.

وعن أبي يوسف: أنه لا يعتق إلَّا ما كان في ملكه وقت الكلام).

لأبي يوسف: أن قوله: «أملكه» يتناول الموجود للحال، ولا يتناول الاستقبال؛ ولهذا لا يصير الثاني مدبَّرًا، ويصير الأول مدبَّرًا، فلا يُعتَق الثاني، كما لو نجَّز العتق بهذا الكلام، أو علَّقه بشرط آخر وقال: كل مملوك أملكه فهو حرٌّ غدًا، لا يُعتَق ما اشتراه بعد اليمين.

وجه ظاهر الرواية: أن العتق المضاف إلى ما بعد الموت، وصيةٌ، والوصية بهذا اللفظ تتناول الموجود وقت الكلام، والحادث بعده، كما لو قال: أوصيت بثُلُث ما أملكه لفلان، يتناول الموجود والحادث؛ لأن الوصية: إيجاب عند الموت، فيدخل فيه الأول والثاني.

وقوله: لا يصير الثاني مدبَّرًا، قلنا: على قول عيسىٰ: يصير الثاني مدبَّرًا، وإنما لا يصير مدبَّرًا على جواب الكتاب؛ لأن دخول الثاني في الإيجاب عند الموت أمرٌ لا دليل عليه وقت التَّكلُّم بهذا الكلام، أما دخول ما كان مملوكًا وقت اليمين، ثابتٌ بحكم الغالب؛ فلهذا صار الأول مدبَّرًا، ولم يَصِرْ الثاني مدبَّرًا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: لو قال: كل مملوك لي حرٌّ بعد موتي، أو قال: حرٌّ غدًا، لا يدخل فيه الحادث في قولهم؛ لأن هذا الكلام لا يتناول إلَّا المملوك للحال، بخلاف قوله: أملكه؛ لأنه قد يستعمل في الاستقبال، وإن غلب استعماله في الحال. [والله تعالىٰ أعلم].

❊❊❊

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ

الخمر حرام

(قال: الخمر حرامٌ قليلها وكثيرها).

نقول: الخمر حرامٌ بكتاب الله تعالىٰ، والسنة، وإجماع الأمة.

[٢٢٢/أ] أما الكتاب: قوله تعالىٰ: ﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

والسنة: ما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**لعن الله في الخمر عشرًا**»[1].

والأمة مجمعةٌ على حرمتها، والامتناع عنها لا يحصل إلَّا بعد معرفتها، فيحتاج إلى معرفة الخمر، ومعرفة ما سواها من الأشربة، ومعرفة الأصول التي تتَّخِذُ منها الأشربة.

الأصول التي تتخذ منها الأشربة

أما الأصول التي تتَّخِذُ منها الأشربة: العنب، والتمر، والحبوب: كالحنطة، والشعير، والذُّرَة، والدُّخْن، والفواكه: كالإجاص، والفِرْصاد، والشُّهْد، والفانيد، والألبان.

أما العنب، فالمتخذ منه خمسة: أحدها الخمر، وهي النَّيءُ من مائه إذا [صار] مُسكِرًا، إلَّا أن عند أبي حنيفة: ما لم يقذف بالزَّبَد، يحَلُّ شربه، ويَحِلُّ بيعه، وعند صاحبيه: إذا غلا واشتدَّ، حرُم شربه وبيعه.

---

(١) أخرجه المقدسي في الأحاديث المختارة ١٨٢/٦؛ والطبراني في الأوسط ٩٣/٢، «وأخرجه الترمذي وابن ماجه»، كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٢٦٤/٤.

لهما: أنه لما غلا واشتدَّ، صار مُسكِرًا، فيصير خمرًا.

وأبو حنيفة يقول: الخمر: هي النَّيءُ من ماء العنب إذا غلا واشتدَّ، والغليان الكامل: أن يجعل أعلاه أسفله، وذلك لا يكون إلَّا بعد قذْف الزَّبَد، فقبل ذلك كان خمرًا من وجه دون وجه، والإباحة كانت ثابتةً، فلا تزول بالشك.

وإذا قذف بالزَّبَد، يحرم شربها، ويُكفَّر مستحِلُّها؛ لأنه استحلَّ ما هو حرامٌ بكتاب الله تعالىٰ، ويُفسَّق شاربها؛ لارتكاب الكبيرة، ويُحَدُّ ثمانون سوطًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من شرب الخمر، فاجلدوه، فإن عاد، فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه**»[1]، إلَّا أن القتل في المرة الرابعة انتسخ.

وإن شربها ممزوجًا بالماء، فإن وجد أثرها، حُدّ، ويحرُم شربها وإن كان مغلوبًا احتياطًا.

وخمر المسلم لا يضمن بالإتلاف؛ لسقوط ماليته عند المسلمين.

الانتفاع بالخمر بوجه من الوجوه

وكما لا يحِلُّ شربها، لا يحِلُّ الانتفاع بها بوجه من الوجوه: كالتَّداوي، وسقي الدَّوابِّ، والامتشاط، إلَّا التخليل؛ لأنه انتفاع [لا] بالحرام، إلَّا أن فيما سوىٰ الشرب من التداوي، والاحتقان، والإقطار في الإحليل، لا يُحَدُّ، فإن سقىٰ شاةً وذُبِحَت من ساعتها، أُكِلَت؛ لأنه لم يُؤثِّر في لحمها، وإن اعتادت شرب الخمر، وصارت بحال يوجد ريح الخمر من لحمها، إن كان إبلاً يُحبَس شهرًا، ثم يُنحَر فيُؤكَل، وإن كان بقرًا، يُحبَس عشرون يومًا، وإن كانت شاةً، تُحبَس عشرة أيام، والدَّجَاجة ثلاثة أيام.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٨٥)؛ وابن ماجه (٢٥٧٢)؛ والترمذي (١٤٤٤)؛ والنسائي (٥٦٦١)؛ وأحمد في المسند ١٣٦/٢؛ وابن حبان في صحيحه ٢٩٥/١٠.

ولا يُؤكَل الخبز الذي عجِن بالخمر.

نجاسة الخمر

ومن حكمها: أنَّها نجس نجاسةً غليظةً، إذا زاد على قدر الدرهم، يمنع جواز الصلاة؛ لأن نجاستها ثبتت بدليل قطعي، فشابه العَذِرَة.

وإن أصاب حنطةً فغسلت ثلاثًا، وطحنت، حلَّ أكلها إذا لم توجد منها رائحةُ الخمر؛ لزوال النجاسة، هذا إذا لم تنتفخ، فإذا انتفخت الحنطة، هل تَطهُر بالغَسْل؟ عند أبي يوسف: إذا غسلت ثلاثًا وجُفِّفت في كل مرة، تَطهُر، وعلى قول محمد: لا تَطهُر أبدًا.

واللحم إذا تنجَّس، على قول محمد: لا يَطهُر أبدًا، وعلى قول أبي يوسف: يُغلىٰ ثلاث مرات بماء طاهر، ويبرد في كل مرة.

شرب الخمر لضرورة

وإن شرب الخمر لخوف العطش المُهلِك، لا بأس به، كما لو شرب البول، وعلى قول الشافعي: يُكره، وإن شربها لهذه الضرورة [وسكر] لم يُحَدَّ؛ لأن الضرورة لما أثَّرت في إباحة الشرب، أثرَّت في سقوط الحد، وإن شرب زيادةً على قدر حاجته وسكِر، حُدَّ؛ لانعدام الضرورة، وإذا شربها مُكْرَهًا، لا يُحَدُّ؛ لِمَا قلنا.

شرب دردي الخمر

(**وكذلك دُرْدِيُّ الخمر**)، يُكرَه شربه والانتفاع به؛ لأنَّ فيه أجزاء الخمر، (**وإنْ شرب لا حَدَّ عليه عندنا**)؛ لأن النقل غالبٌ على الخمر، فكان آكلاً لا شاربًا، وعند الشافعي: يُحَدُّ(١)؛ لأنه شرب الخمر.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥١٣.

الباذق من أنواع الأشربة

والثاني: هو الباذِقُ: وهو النيء من ماء العنب، إذا طبخ أدنىٰ طبخة، يحِلُّ شربه ما دام حُلوًا رقيقًا، وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزَّبَد، لا يَحِلُّ عند عامة العلماء، وقال أصحاب الظواهر: يَحِلُّ شربه؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧]، وإنَّما حرم الخمر بكتاب الله تعالىٰ بنصٍّ خاصٍّ، فلا يحرُم ما سواه.

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في العصير: «**إذا ذهب ثلثاه، فقد ذهب حرامه**»[١]، علَّق ذهاب الحرمة بذهاب الثلثين؛ ولأن قليله يدعو إلى كثيره، وكثيره حرامٌ، فكذا القليل، إلَّا أنه يُفَسَّق شاربه، ولا يُكَفَّرُ مستحِلُّه، ولا يُحَدُّ شاربه عندنا ما لم يُسْكِرْ؛ لأن اختلاف العلماء [أورث][٢] الشبهة.

وعند الشافعي: ما أسكر كثيره، فقليله يُوجِب الحد[٣].

وأما نجاسته غليظةٌ عند محمد، وهكذا روىٰ هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وروىٰ المُعَلَّىٰ عن أبي يوسف: أنه نجس نجاسةً خفيفةً. [٢٢١/ب]

وحكيَ عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه قال: على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: ينبغي أن يكون نجسًا نجاسةً خفيفةً.

ويجوز بيعها في قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز.

---

(١) أخرج نحوه عبد الرزاق في مصنَّفه ٢٥٥/٩؛ وابن أبي شيبة ٩٠/٥.

(٢) في أ (أوجب)، والمثبت من ب، د.

(٣) انظر: المنهاج ص٥١٣.

المُنَصَّفُ والمثلَّثُ من الأشربة

والثالث: المُنَصَّفُ: وهو الذي ذهب منه نصفه بالنار، وحكمه حكم الباذِق، وكذا إذا كان الذاهب أكثر من النصف دون الثُّلُثين في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف في «النوادر»: إذا كان الذاهب أكثرَ من النصف، كان حكمه حكم المثلَّثِ.

والرابع: المُثَلَّثُ، ويُسمىٰ طَلاًّ: وهو ماء العنب إذا طُبِخ حتى ذهب ثُلُثاه، وبقي ثُلُثه، يحِلُّ شربه عند الكل ما دام حُلوًا، وإذا غلا واشتدَّ، وقذَف بالزَّبد، عند أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر: يحِلُّ شربه؛ لاستمراء الطعام، والتَّداوِي، والتَّقوِّي دون التَّلَهِّي، واللَّعب، إلَّا القدح المُسكِر.

وقال محمد والشافعي: لا يحِلُّ شربه، قَلَّ أو كَثُرَ؛ إلَّا أن عند أصحابنا: يُحَدُّ إذا سكِر، وعند الشافعي: لا يشترط السُّكر.

هما احتجَّا: بما روت عائشة رضي الله عنها، عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: «**ما أسكر كثيره، فقليله حرامٌ**»[١]، وعن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**كل مُسْكِر حرامٌ**»[٢].

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: ما روينا: عن عمر، عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنه قال: «**حرمت الخمر لعينها، والمُسْكِر من كل شراب**»[٣]، والمثلَّث ليس بخمر، لا حقيقةً ولا معنًى، أمَّا حقيقةً فظاهر، وأما معنًى؛ فلأنَّ قليله لِغلَظِهِ لا يدعو إلى كثيره.

---

(١) سبق تخريجه ص ١٠٣٧.

(٢) أخرجه البخاري (٤٠٨٨)؛ ومسلم (٢٠٠٢) وغيرهما.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٢٢١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٠/٢١٣؛ وقال الحافظ: «وأخرجه النسائي من طرق عنه موقوفًا، وكذا البزار والطبراني»، الدراية ٢/٢٥١.

القدح المسكر

ويحرُم القدح المُسكِر: وهو الذي يعلم يقينًا، أو يغلب على ظنه أنه يُسكِره، كالمُتَخَمِّر من الطعام، حرامٌ: وهو الذي يغلب على ظنه أنَّه يعقبه التُّخْمة، بخلاف الباذِق والمنصَّف؛ لأنَّ قليله يدعو إلى كثيره.

حديث: (كل مسكر حرام)

وأما الحديث الذي روي عن إبراهيم النخعي أنه قال: ما يرويه الناس عن رسول الله: «**كل مسكر حرامٌ**»، خطأٌ، زادوا فيه الميم، والصحيح من الرواية: «**كل سكر حرام**»، وكذا ما يرويه الناس: «**ما أسكر كثيره فقليله حرام**»، لم يثبت من رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم.

ثُمَّ إنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ ذكر لفظة الكراهة فيما سوىٰ الخمر؛ لأن حرمة ما سواها لم يثبت بدليل قطعي، هذا إذا ذهب ثُلُثاه بالنار.

ما ذهب ثلثاه بالتشميس

فإن شُمِّسَ وذهب ثُلُثاه، يحِلُّ شربه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال سفيان: لا يَحِلُّ شربه؛ لأنه لم تمسّه النار، فلا يحِلُّ، كما لو انتقص شيءٌ منه بمرور الزمان.

ولهما: أن الشمس تعمل عمل النار في الطبخ.

البُخْتُجُ وتفسيره

والخامس: البُخْتُجُ، واختلفوا في تفسيره: قال بعضهم: تفسيره: أن يُصَبَّ الماء على العصير، ويُطبَخ حتى يذهب ثُلُثاه، فكان الذاهب من العصير أقل من الثُّلُثين، يحِلُّ شربه ما دام حُلوًا، وإذا غلا واشتدَّ وقَذَف بالزَّبَد، لا يحِلُّ شربه عند أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ.

وقال بعضهم: تفسير البُخْج: أن يُصَبَّ الماء على المثلَّث حتى يصير رقيقًا، ويُترَك حتى يشتدَّ، ويُسمىٰ أبا يوسفي؛ لأن أبا يوسف كثيرًا ما كان يستعمل هذا.

وهل يشترط للإباحة أن يُطبَخ أدنىٰ طبخة بعدما صَبَّ عليه الماء؟ اختلفوا فيه: قال الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل: يشترط، وقال غيره: ممكن كان في زمانه لا يشترط ذلك.

وحكمه حكم المُثلَّث: أنه يحِلُّ شربه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، إلَّا القَدَح المُسكِر.

ما يحل شربها من الأشربة

ومن الأشربة التي يحِلُّ شربها: الخَرْدَلِيُّ: وهو أن يُطلِي الخابية بالخَرْدَل، ويُصبَّ فيها العصير، ويمضي على ذلك مدة، ولم يشتدَّ، ولا يُسكِر.

وأما ما يُتَّخَذ من الزبيب شيئان: نقيعٌ، ونبيذٌ، فالنقيع: أن ينقع الزبيب في الماء، ويُترَك أيامًا حتى يخرج حلاوته إلى الماء، ولم يُطبَخ أدنىٰ طبخة، فما دام حُلوًا يَحِلُّ شربه، وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزَّبد، يحرُم؛ لِمَا رُوِي عن ابن عمر: أنه سئل عن النقيع، فقال: خمرًا اجتَنِبْها.

وأما النبيذ: فهو النيِّءُ من ماء الزبيب إذا طبخ أدنىٰ طبخة، يحِلُّ شربه ما دام حُلوًا، وإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزبد، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف [الآخر: يحِلُّ شربه ما دون السكر، وعند محمد والشافعي: لا يحِلُّ.

وروىٰ هشام في النوادر، عن أبي حنيفة وأبي يوسف]: ما لم يذهب ثُلُثاه بالطبخ، لا يحِلُّ.

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: يحتمل: أن يكون في المسألة روايتان، ويحتمل: أن تكون فيها روايةٌ واحدةٌ، واختلف الجواب؛ لاختلاف الموضوع.

موضوع المسألة في ظاهر الرواية: أن يكون ماء الزبيب قبل الطبخ مثل المنصَّف في الغِلْظَة، فإذا طبخ أدنىٰ طبخة، يلتحق بالمثلَّث في الغِلْظة. [٢٢٣/أ]

وموضوع ما ذكر في «النوادر»: أن يكون ماء الزبيب في الرِّقَّة مثل العصير، فلا يحِلُّ شربه ما لم يذهب ثُلُثاه.

فإن كان في المسألة روايتان، فوجه ما ذكر في ظاهر الرواية: أن نبيذ التمر دون النيِّء من ماء العنب؛ لأن ماء العنب لا يُخالِطه ماء آخر، وإنما خرج ماؤه بوطء الأقدام، ونبيذ التمر والزبيب خالطه ماء السماء؛ لأنه لا يستخرج ماؤه إلَّا بماء آخر، وقد قال عمر رضي الله عنه: «**كل شراب استخرج ماؤه بمائه، فهو حرامٌ، لا تشربوه، وكل شراب استخرج ماؤه بغير مائه، فهو حلالٌ، فاشربوه**»(١)؛ ولهذا لا يُفسَّق شارب النقيع والنبيذ، فكان حاله دون العصير.

الأشربة التي تتخذ من التمر ثلاثة:

والأشربة التي تتخذُ من التمر ثلاثة: السَّكَر، والفضيخ، والنبيذ.

أما السكر: فهو النَّيِّء من ماء التمر، والفضيخ: النَّيِّء من ماء البُسْر المُذَنِّب، يحِلُّ شربهما ما دام حُلوًا، فإذا غلا واشتدَّ وقذف بالزَّبد، لا يحِلُّ شربه.

وقال أصحاب الظواهر: يحِلُّ شربه، إلَّا القَدَح المُسكِر، احتجُّوا بقوله تعالىٰ: ﴿**وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا**﴾ [النحل: ٦٧]، وإنما حَرُم الخمر بنصٍّ خاصٍّ، وهذا ليس بخمر؛ ولهذا لا يُفَسَّقُ شاربه، ولا يُكَفَّرُ مُسْتَحِلُّه، ولا يُحَدُّ شاربه ما لم يسكر.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**الخمر من هاتين الشجرتين**، وأشار إلى الكرم والنخلة»(٢).

---

(١) أورده ابن قتيبة الدينوري في الأشربة، وذكر اختلاف الناس فيها، ١/٩.

(٢) أخرجه مسلم (١٩٨٥).

ثم النَّيِّء من ماء العنب، إذا غَلَا واشتَدَّ، خمر، فكذا النَّيِّءُ من ماء التمر، إلَّا أنه لا يُحَدُّ بنفس الشرب؛ لأن اختلاف العلماء أورث شبهةً فيه.

وأما النبيذ: فهو النَّيِّء من ماء التمر إذا طبخ أدنىٰ طبخة، يحِلُّ شربه في قولهم ما دام حُلوًا.

وإذا غلا واشتدَّ وقذَف بالزَّبد، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: يحِلُّ شربه للتَّداوي، والتقوِّي، واستمراء الطعام، إلَّا القَدَح المُسكِر.

وقال محمد والشافعي: لا يحِلُّ.

لهما: ما روينا في المثلَّث.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: آثارٌ كثيرةٌ في إباحة النبيذ الشديد.

منها: حديث عمر رضي الله عنه أنه قال: «**إنا لَننحَرُ الجَزور، وإن العِتْق منها لآل عمر، وأنه لا يقطعه في بطوننا إلَّا بنبيذ الجر**»[1]، (وهو نبيذ شديد غاية الشِّدة).

وإباحة النبيذ مرويٌّ عن حماد، وإبراهيم، وعلقمة، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، وكان أبو يوسف أولاً يقول: ما لا يفسُد من هذه الأشربة بعد عشرة أيام، يعني: تزداد شِدَّتُه ومِرَارته، ولا تحمَضُ، يكره شربه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة وقال: لا بأس به.

ما يحل شربه مما تتخذ من الحبوب والفواكه

والمتخذ من الحبوب، والفواكه، والشُّهْد، والعَسَل: يحِلُّ شربه ما دام حُلوًا، وإذا غلا واشتدَّ، فإنه كان مطبوخًا أدنىٰ طبخة، يحِلُّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، بمنزلة نقيع التمر والزبيب إذا طُبِخ أدنىٰ طبخة، مع أن ذاك متَّخذٌ من أصل الخمر، فهذا أولىٰ.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٤/٢٦٠؛ وابن السري في الزهد ٢/٣٦٥؛ والسيوطي في جامع الأحاديث ١٣/٣٢٢.

قول: (يحل شربه إلَّا القدح المسكر)

واختلف المشايخ في قول محمد: قال بعضهم: يحِلُّ شربه إلَّا القَدَح المُسكِر، واستدلوا بما ذكر في هذا الكتاب، فإنه ذكر: الخمر، والباذق، والمنصَّف، ثم قال: وما سوىٰ ذلك من الأشربة، فلا بأس به، وهذا اللفظ يوجب إباحة ما سواها، وهو الصحيح.

وذكر القاضي أبو جعفر روايةً عن محمد: أنه يكره هذا إذا طُبِخ أدنىٰ طبخة.

فإن لم يُطبَخ حتى غلا واشتدَّ، فعن أبي حنيفة وأبي يوسف روايتان: في رواية: لا يحِلُّ شربه، كنقيع الزبيب إذا لم يكن طُبِخ أدنىٰ طبخة، وفي رواية: يحِلُّ، وهو الصحيح.

وفرق بينهما وبين نقيع الزبيب، والفرق: أن نقيع الزبيب اتخذ من أصل الخمر، وهذه الأشربة لم تتخذ من أصل الخمر، فلا تشترط فيها الطبخ؛ إظهارًا للتفاوت بينهما، هذا إذا لم يستكثر منها.

فإن استكثر منها حتى سَكِر، فالسكر حرامٌ بالإجماع، واختلف المشايخ في وجوب الحد، وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: لا يُحَدُّ؛ لأنه متخذٌ مما ليس من أصل الخمر، فكان بمنزلة البَنْج، ولبن الرِّماك، ولو شرب البنج واللبن، فارتفع إلى رأسه وزال عقله، لا يُحَدُّ، كذا هاهنا.

تصرفات السكران من الخمر ومن الأشربة المحرمة

السَكْرَان من الخمر ومن الأشربة المتخذة من التمر أو العنب، إذا طلَّق، أو أعتق، أو أقرض، أو استقرض، أو تَزَوَّج، أو زَوَّج ولده الصغير، أو أَقَرَّ على نفسه بدين، أو وَهَب وسَلَّم، جاز جميع ما صنع؛ زجرًا له عن ذلك.

وقال مالك والشافعي: لا يصح تصرفاته[1]، والمسألة معروفة.

ولم يذكر البيع والشراء، واختلف المشايخ فيه، وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: يصح بيعه وشراؤه، كما يصح طلاقه وعتاقه؛ لأن نفاذ تصرُّفاته كان بطريق الزجر، فلا يفرق بين تصرُّف وتصرُّف.

ولا تصح رِدَّتُه استحسانًا، والقياس: أن تصح؛ اعتبارًا بسائر التصرُّفات.

[٢٢٢/ب] وجه الاستحسان: ما روي: أن واحدًا من الصحابة قرأ في صلاته وهو سكران: ﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ [الكافرون: ١]، وقرأ: وأنا عابد ما عبدتم، فنزل قوله تعالىٰ: ﴿لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣].

فرق بين السكران وبين الرجل إذا ضُرِب على رأسه حتى ذهب عقله، لا ينفذ تصرُّفاته وإن زال عقله بجنايته.

والفرق: أن نِفاد التصرُّف، كان بطريق الزجر، فلا يشرَع فيما لا يميل إليه الطَّبع، [وهذا مِمَّا لا يميل إليه الطَّبع] بخلاف شرب المُسكِر.

والسكران من نبيذ العسل والفواكه، والمتخذ من الحبوب، إذا تصرَّف، اختلفوا في نِفاذ تصرُّفاته، كما اختلفوا في وجوب الحَدّ، فمَنْ أوْجَب الحَدَّ فيها، ألْحَقه بنبيذ التمر.

---

(١) بل المسألة فيها خلاف بين المذهبين، ففي مذهب مالك: «لا يجوز بيع السكران، ولا ابتياعه عند مالك»، كما في شرح ميارة ٣٤/٢؛ وفي مواهب الجليل: «المعتمد من المذهب: عدم انعقاد بيع السكران غير المميز» ٢٤٣/٤؛ ومذهب الشافعية بالجواز، كما في روضة الطالبين: «ويصح بيع السكران وشراؤه على المذهب» ٣٤٢/٣؛ وفي حاشية الجمل على شرح المنهج: «ولا يصح بيع السكران المتعدي بسكره مع عدم تكليفه على الراجح» ١٧/٣.

تصرفات من زال عقله بالبنج

ومن زال عقله بالبَنْج، إذا طَلَّقَ أو أَعْتَق، الصحيح: أنه لا ينفذ؛ لما ذكرنا: أن نِفاذ التصرُّف، كان بحكم الزجر، وهذا لا يميل إليه الطبع، فلا يحتاج إلى شرع الزاجر.

وروي عن أبي حنيفة، وسفيان الثوري: إذا شرب البنج، وارتفع إلى رأسه، فطلَّق امرأته، قالا: إن علم حين شرب أنه بَنْجٌ، يقع، وإن لم يعلم، لا يقع طلاقه، والصحيح: ما قلنا.

تصرفات من شرب المسكر مُكْرَهًا

وإنْ شرب المسكر مُكْرَهًا، ثم طلَّق أو أعتق، اختلفوا فيه، والصحيح: أنه كما لا يجب عليه الحد، لا [يقع طلاقه، ولا] ينفذ تصرُّفه.

أواني الشرب

ولا بأس بشرب ما هو حلالٌ في كل آنية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: **«كنت نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها ولا تقولوا: هجرًا، وعن لحوم الأضاحي أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام، فامسكوها ما بدا لكم، وعن شرب النبيذ في الدُّبَّاء، والحَنْتَم، والمُزَفَّت، فاشربوه في كل ظرف، فإنَّ الظرف لا يُحِلُّ شيئًا ولا يُحرِّمه، ولا تشربوا مُسكِرًا»**(١).

العصير إذا غلا واشتدَّ وقذَف بالزَّبد، فطُبِخ حتى ذهب ثُلُثاه، لا يحِلُّ؛ لأنه طُبِخ في غير أوانه، فلا يعتبر، فإن شرب منها قليلاً، قالوا: ينبغي أن لا يُحَدَّ؛ لأنَّه لم يشرب الخمر حقيقةً.

إذا طُبِخ العنب كما هو يشترط فيه ذهاب الثُّلُثين، كما لو طُبِخ العصير، وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحِلُّ بأدنىٰ طبخة، بمنزلة الزبيب إذا طُبِخ أدنىٰ طبخة، والصحيح هو الأول؛ لأن العصير قائمٌ فيه، لم يتغير، فكان طبخه قبل العصير، كطبخه بعد العصير.

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧)؛ وبنحو لفظه النسائي (٢٠٣٢، ٢٠٣٣)؛ وابن حبان في صحيحه ٢٢١/١٢.

تخليل الخمر

تخليل الخمر حلالٌ، والخَلُّ الحاصل به حلالٌ، وقال الشافعي: لا يحِلُّ[(١)]، والمسألة معروفة.

وإذا صار الخمر خلاً، يظهر من الظرف ما يوازي الخَلَّ، فأما أعلاه الذي أصابه الخمر وانتقص بمرور الزمان، يكون نجسًا؛ لأن ما تداخل فيه من أجزاء الخمر، لم يصر خلاً، فيغسل بالخَلِّ حتى يطهُر؛ لأن غسل النجاسة بما سوىٰ الماء من المائعات عندنا: جائزٌ، وإذا غسله بالخلِّ، فما تداخل فيه من أجزاء الخمر، يصير خَلًّا، فإن لم يفعل كذلك.

وملأ الحب من العصير، يتنجس العصير؛ لأنه عصير خالطه الخمر.

طهارة الخزف إذا تنجّس

الخَزَف[(٢)] إذا تنجَّس وغسل ثلاث مرات، إن كان عتيقًا يطهُر، وإن كان جديدًا، عند محمد: لا يطهرُ أبدًا، وعند أبي يوسف: يغسل ثلاث مرات، ويجُفَّف في كل مرة، فيطهرُ.

ومن المشايخ مَنْ قال: إن لم يُجفَّف في كل مرة، ولكن ملأه ماءً مرةً بعد أخرىٰ، فما دام لون الماء متغيرًا، لا يَحكُم بطهارته، وإذا خرج الماء صافيًا، حكم بطهارته.

جرة عصير صبّ فيها جرتان من الماء

جَرَّةُ عصير صُبَّ فيها جرَّتان من الماء، وطُبِخ حتى ذهب ثُلُثاه، فغلا واشتدَّ وقذف بالزَّبد، كان حرامًا، وبعدما ذهب ثُلُثاه يُطبَخ حتى يذهب ثُلُثا ما بقي.

وقال محمد: بلغني أن الماء أسرعُ ذهابًا من العصير، فإذا ذهب ثُلُثاه أولاً، فقد ذهب الماء، فيُطبَخ حتى يذهب ثُلُثا العصر، فيكون الباقي تُسْعَ الجملة.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/١١٢.

(٢) في ب (الظرف).

«الخَزَف: ما عمل من الطين، وشُوِيَ بالنار، فصار فخّارًا»، الوسيط (خزف).

غلام أحد أبويه مجوسي والآخر كتابي

(غلامٌ أحدُ أبويه مجوسيٌّ، والآخر من أهل الكتاب، فهو كتابيٌّ، وإن كان أحدهما مسلمًا، فهو مسلمٌ).

أما المولود بين المسلم والكافر؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام: «**الإسلام يعلُو ولا يُعلىٰ عليه**»[1]، فلا يعارضه دينٌ من الأديان، والمولود بين المجوسي والكتابي، كتابيٌّ؛ لأن الكتابي أقربُ إلى الإسلام، حتى تَحِلَّ ذبيحتهم، ومناكحتهم، ولا تحِلُّ ذبيحة المجوسي ونكاحه. [والله تعالىٰ أعلم].

***

(١) أخرجه الروياني في مسنده ٣٧/٢؛ والدارقطني ٢٥٢/٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢٠٥/٦.

كتَابُ الصَّيْدِ

مسلم أرسل كلبه على صيد، فسمّى فزجره مجوسي فانزجر

(مسلم أرسل كلبه على صيد، فسمّىٰ، فزجره مجوسيٌّ وانزجر، فذهب وقتل الصيد فمات، فإنَّه لا بأس بأكله، ولو كان المُرْسِلُ مجوسيًا، فزجره مسلم وسمّىٰ، فانزجر بزجره، وأخذ الصيد وقتله، لم يحِلَّ أكله).

أما الأول؛ فلأن الذهاب عقيب الإرسال حصل طاعةً للمُرْسل، فانْعَقَد الإرسال سببًا لملك المُرسِل، والذكاة والانزجار عقيب الزجر محتملٌ، فلا [٢٢٤/أ] يبطل حكم الأول بفعل الثاني.

وفي الوجه الثاني: الذهاب عقيب الإرسال حصل طاعةً للمُرسِل، فانعقد إرسال [الأوَّل] سببًا للملك والإماتة، فلا يبطل بفعل الثاني، كما في الوجه الأول.

ولو كان الكلب مُعَلَّمًا، فانبعث إلى صيد بغير إرسال، فزجره مسلم وسمّىٰ، فانزجر بزجره، فأخذه وقتله، في القياس: لا يؤكل، وفي الاستحسان: يؤكَل.

وجه القياس: أن الإرسال أُقِيْم مقام الذَّكاة، فإذا لم يُوجَد الإرسال، انعدمت الذَّكاة حقيقةً وحكمًا، فلا يحِلُّ.

وجه الاستحسان: أن الانزجار عقيب الزجر، طاعةٌ دلالةً، فيجب اعتباره، ويُجعَل إرسالًا، إلَّا إذا كان فيه إبطال السبب على غيره، كما في الفصل الأول والثاني، وهاهنا ليس فيه إبطال السبب على غيره، فيُجعَل إرسالاً. والله تعالىٰ أعلم.

كِتَابُ الرَّهْنِ

الرهن بالدرك وصورته

قال: (الرَّهْن بالدَّرَكِ باطلٌ).

وصورته: رجل باع رجلاً شيئًا وسلَّمه إلى المشتري، فخاف المشتري الاستحقاق، فأخذ بالثمن رهنًا، كان باطلاً، حتىٰ لا يملك حبس الرهن، استحق المبيع أو لا، ولو هلك، يهلك أمانةً؛ لأن عقد الرهن عقد استيفاءٍ؛ ولهذا لا يصح رهن ما لا يتصوَّر منه الاستيفاء، كالمدبَّر وأم الولد، والاستيفاء لا يسبق الوجوب، وليس هاهنا دينٌ واجبٌ، ولا على شرف الوجوب ظاهرًا، لأن الظاهر عدم الاستحقاق.

بخلاف ما لو قبض الرهن ليقرضه عشرةً؛ لأن الموعود بمنزلة المتحقَّق من حيث الظاهر.

ولا يمكن أن يُجعَل تعليقًا بالدَّرَك، أو إضافةً إلى وقت الاستحقاق؛ لأن عقد الرهن عقدُ استيفاء، والاستيفاء معاوضةٌ، والمعاوضة لا تقبل الإضافة والتعليق بالخطر.

فرق بين الرهن بالدَّرَك، وبين الكفالة بالدَّرَك، والفرق: أن الرهن لا يقبل التعليق بالخطر، والكفالة تَقبَل التعليق؛ ولهذا لو رهن بما يذوب له على فلان، لا يصح، ولو كفل بما يذوب له على فلان، يَصِحُّ.

القبض في الرهن

(ولا يصح الرهن حتى يقبض؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٢٨٣])؛ ولأن المقصود: إضجار الراهن ليتسارع إلى القضاء، والصيانة عن التَّوىٰ بالجحود، وذلك لا يحصل بدون القبض.

(رجل رهن عصيرًا يساوي عشرة دراهم، بعشرة دراهم، فَتَخَمَّرَ عند المرتهن، ثم تَخَلَّلَ، فهو رهن بالعشرة)؛ لأن في إبقاء الرهن بعد التخمُّر فائدةٌ؛ لاحتمال أن يتخلَّل، فيبقىٰ الرهن، كما لو باع عصيرًا فتخمَّر قبل التسليم، لا يبطل البيع؛ لمكان الفائدة، كذلك هاهنا، فإذا عادت المالية، وعقد الرهن قائمٌ، يكون رهنًا.

(وكذا لو رهن شاةً بعشرة، فماتت)، بطل الدين بطريق الاستيفاء؛ ضرورة فوات المالية، (فإن دبغ جلدها، فصار يساوي درهمًا، كان رهنًا بدرهم)؛ لأن هلاك الرهن لا يبطل الرهن، بل يؤكِّده؛ لتقرُّر حكمه: وهو الاستيفاء، والمتأكِّد قائمٌ، فإذا عاد شيء من المالية، وعقد الرهن قائم، عاد رهنًا بقسطه، بخلاف الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض، ودُبغ جلدها، لا يكون الجلد مبيعًا عند أكثر المشايخ.

والفرق: أن هلاك المبيع قبل القبض، يوجب انفساخ العقد، والمنفسخ لا يعود، أما هلاك الرهن يوجب التأكُّد؛ لتمام حكمه، والمتأكِّد قائمٌ.

رهن جارية تساوي ألفًا بألف فماتت عند المرتهن

(رجل رهن جاريةً تساوي ألفًا بألف، فماتت عند المرتهن، بطل الدين بطريق الاستيفاء، وكذا الرهن بالمُسْلَم فيه إذا هلك، يبطل المُسْلَم فيه عن المُسْلَم إليه).

وقال الشافعي: يرجع المرتهن على الراهن بدينه، ويهلك الرهن أمانةً.

وجه قوله: أن الرهن شُرِع للتوثق، وهلاك الرهن بالدين يبطل التوثق.

ولنا ما روي: (أنَّ رجلاً رهن فرسه، فنفق عند المرتهن، فاختصما إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن: «**ذهب حقك**»[1])، والمعنىٰ: ما عرف في «المختلف».

ذهاب الدين بطريق الاستيفاء، أو الإبراء

وإذا ثبت ذهاب الدين، عندنا: يذهب بطريق الاستيفاء.

وعند زفر على قوله الأول: بطريق الإبراء، حتى لو هلك الرهن برأس مال السَّلَم، وبدل الصرف، يبطل الصرف والسلم، كما في الإبراء، ولو هلك الرهن بالمسلم فيه، برئ المسلم إليه.

وعلى قوله الآخر: بطريق الاستبدال، حتى لو هلك الرهن بالمسلم فيه، لا يبطل المسلم فيه عن المسلم إليه، كما في حقيقة الاستبدال.

وجه قوله الأول: أن سقوط الدين، إما أن يكون بطريق الاستيفاء، أو بطريق الإبراء، وهلاك الرهن ليس باستيفاء؛ لأن الاستيفاء يثبت الملك [٢٢٣/ب] في المستوفىٰ، والمرتهن لم يملك شيئًا من الرهن؛ ولهذا كان الكفن على الراهن، فإذا ذهب الاستيفاء، تعيَّن الإبراء.

وجه قوله الآخر: أن عقد الرهن وُضِع للاستيفاء، فلا بُدَّ من ثبوت حكمه، والرهن ليس من جنس حقه، فكان استبدالاً ضرورةً.

إذا تأكد الرهن بالقبض فيبقى ببقاء القبض

(**رجل رهن عند إنسان عبدًا يساوي ألفًا بألف درهم، ثم أعطاه عبدًا آخر يساوي ألفًا رَهنًا مكان الأول، فالعبد الأول رهن حتى يرُدَّه إلى الراهن، والآخر أمانةٌ عند المرتهن، حتى يجعله مكان الأول**)؛ لأن حكم الرهن تأكَّد في الأول بالقبض، فيبقىٰ ببقاء القبض، وما دام الأول رهنًا، لا يكون الثاني رهنًا.

---

(١) «أخرجه أبو داود في المراسيل، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضًا مرسلاً»، كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٢١.

الزيادة في الرهن

(رجل رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف، ثم زاده في الرهن عبدًا يساوي ألفًا، صحت الزيادة عندنا، ويكون كل واحد منهما رهنًا بخمسمائة)، وهذا استحسان، والقياس: أن لا تصح الزيادة، وهو قول زفر.

وعلى هذا الخلاف: الزيادة في الثمن والمُثَمَّن، ورأس مال السَّلَم.

الزيادة في الدين

(وأما الزيادة في الدين على أن يكون الرَّهْنُ رَهْنًا بها وبالدَّيْن الأوَّل: لا يصح في قول أبي حنيفة ومحمد، ويصح في قول أبي يوسف).

وجه قول أبي يوسف: أن الدين في باب الرهن: إما أن يعتبر ثمنًا أو مثمّنًا، والزيادة في كل واحد منهما يجوز عندنا.

ولهما: أن الزيادة في الدين تُوجِب انقسام الرهن على الأصل والزيادة، فيصير نصفه رهنًا بالدين الأول، ونصفه رهنًا بالزيادة، ولو صرّح وقال: رهنت نصف هذا العبد بألف، ونصفه بألف أخرىٰ، كان باطلاً؛ لأنه رهن المُشاع، فلا تصح الزيادة، بخلاف الزيادة في الرهن؛ لأن الزيادة في الرهن، توجب قسمة الدين على الأصل والزيادة، ولو صرّح وقال: رهنت هذين العبدين، هذا بخمسمائة، وهذا بخمسمائة، يجوز، كذلك هاهنا.

ويجوز أن ينتقل بعض الدين عن الرهن الأول إلى غيره، ألا ترىٰ أن المرهونة إذا ولدت ولدًا، ينتقل بعض الدين إلى الولد، فكذلك هاهنا يجوز أن ينتقل بعض الدين إلى الزيادة.

خيار المستحق في تضمين الراهن أو المرتهن

(رجل رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف، فمات العبد عند المرتهن، ثم جاء مستحِقٌّ واستحقَّه، كان له الخيار: إن شاء ضَمَّنَ الرَّاهن، وإن شاء ضَمَّنَ المُرْتَهِن، فإن ضَمَّنَ الراهن قيمته، مات العبد بدين المرتهن، وإنْ ضَمَّن المُرْتَهِن قيمته، رجع المُرْتَهِن بالقيمة التي ضمن، وبدينه على الراهن إن شاء).

أما إذا ضمَّن الراهن؛ فلأنه لما استحق العبد، ظهر أن الراهن كان غاصبًا، فإذا ضَمِنَ مَلَكَ المغصوب بأداء الضمان من وقت الغصب، فيصير راهنًا ملك نفسه، فيهلك بالدين.

وأما إذا ضمَّن المرتهن؛ فلأن المرتهن في حق الغير بمنزلة المُوْدَع، فإذا لَحِقه ضمانٌ في الأمانة، كان له أن يرجع بذلك على الدافع، ويكون قرار الضمان على الدافع، ويرجع بدينه أيضًا.

وكان ينبغي أن لا يرجع بدينه؛ لأن قرار الضمان لمّا كان على الراهن، كان تضمين المرتهن كتضمين الراهن، وفي تضمين الراهن يهلك الرهن بالدين، ألا ترىٰ أن من دفع مالاً مضاربةً، فاستحقه إنسان، فإن ضمِن الدافع، نفذت المضاربة، وكذا لو ضمِن المضارب، ورجع المضارب على الدافع، تنفذ المضاربة، والصحيح ما قلنا.

ووجه الفرق، وهو الجواب عن الإشكال: أن العقد إنما ينفذ بملك سابق على العقد، لا بملك متأخِّر، وفي تضمين المرتهن بآخر الملك؛ لأن سبب الضمان في حق المرتهن: هو قبض المرتَهن؛ ولهذا يضمن قيمته يوم قبضه، إلَّا أن هذا القبض لمَّا حصل بتسليطٍ من جهة الراهن، كان له أن يرجع على الراهن بما ضمِن.

وإذا رجع على الراهن، صار قبض المرتهن كقبض الراهن، [وصار قبض المرتهن سببًا للضمان على الراهن]، فاستند ملك الراهن عند أداء الضمان إلى هذا القبض، وعقد الرهن كان سابقًا عليه، فلا ينفذ بملك متأخِّر، كمن باع مالاً ثم ملكه بوجه من الوجوه، لا ينفذ بيعه.

أما في المضاربة، أمكن تنفيذها بملك متأخِّر عن العقد؛ لأن المضاربة عقدٌ غيرُ لازم، وما ليس بلازم كان لدوامه حكم الابتداء؛ ولهذا تبطل الوكالة والإذن بموت الموكِّل والمولىٰ وجنونهما؛ لأن لدوام الوكالة والإذن، حكم الابتداء، وابتداء الإذن والتوكيل بعد الجنون لا يصح، وإذا كان لدوام المضاربة حكم الابتداء، أمكن تنفيذ المضاربة بملك متأخِّر عن العقد. [٢٢٥/أ]

عقد الرهن لازم في حق الراهن

أما عقد الرهن، فلازمٌ في حق الراهن، فلم يكن لدوامه حكم الابتداء، ألا ترىٰ أن الكتابة لما كانت لازمةً، لا تبطل بالموت والجنون، فكذا الرهن، وإذا لم يكن لدوام الرهن حكم الابتداء، تعذَّر التنفيذ بملك متأخِّر، فلا يصير راهنًا ملك نفسه، فلا يسقط الدين بهلاكه.

الاستواء في الحجة يوجب القضاء بالتنصيف

(رجلٌ له عبد، أقام رجلان ـ كل واحد منهما ـ البينة أنه رَهَن عنده هذا العبد بدينه الذي عليه، وقبضه، لم تُقبَل بينتهما)؛ لأنهما استويا في الحجة، فيجب القضاء بالتنصيف، ولو قضينا بالنصف لكل واحد منهما، صار كل واحد منهما ارتهن النصف، أو ارتهن الكل، واستحق عليه النصف، وذلك باطل؛ لمكان الشُّيُوع، ولا يُجعَل كأنه رَهنٌ منهما؛ لأن كل واحد منهما يَدَّعي رهن الكل، والقضاء بخلاف الدعوىٰ باطل، هذا إذا كان الراهن حيًّا.

فإن ادَّعيَا ذلك بعد موت الراهن، وأقاما البينة، قُبِلت بينتهما، ويكون نصفه رهنًا بدين هذا، ونصفه رهنًا بدين الآخر، وهذا استحسان، والقياس: أن لا تُقبَل، وهو قول أبي يوسف.

وجه القياس ما قلنا، ووجه الاستحسان: أن المقصود من الرهن بعد موت الراهن، بيعُ الرهن واستيفاءُ الدين من ثمنه، لا إثبات حق الحبس، وبيع المشاع جائزٌ، فيُقضىٰ بذلك.

أما المقصود حال حياة الراهن: حبس الرهن، وأنه لا يتحقَّق في المُشاع، فيتعذَّر القضاء بينهما، هذا كرجلين ادَّعَيا على امرأة نكاحًا، لا تُقبَل بينهما، ولو أقام البينة بعد موت المرأة، قُبِلت بينهما؛ لأن المقصود من النكاح في حياتها: ملك البُضع، وأنه لا يقبل الشركة، وأما المقصود من النكاح بعد الموت: المال، وأنه يقبل الشركة، فتُقبَل بينتهما، ويُقضىٰ لكل واحد بنصف الميراث، وعلى كل واحد منهما نصف المهر.

وكذلك أختان أقامت كل واحدة منهما البينة على رجل أنها امرأته، لم تُقبَل، ولو أقامتا البينة بعد الموت، يُقضىٰ لكل واحدة منهما بنصف الميراث.

جبر العدل على بيع الرهن

(**رجل وضع على يده رهنٌ، وأُمِر ببيعه، أراد به العدل إذا حَلَّ الأجل، فحلَّ الأجلُ وأبىٰ العدل أن يبيع، والراهن غائبٌ، فإنه يُجبَر على البيع، وكذا إذا وكَّل رجلاً بالخصومة بطلب المدعي، فغاب الموكِّل، وامتنع الوكيل من الخصومة، فإنه يُجبَر**)؛ لأن البيع والخصومة صار حقًّا للمدعي والمرتهن، ولهذا لو عزله الموكِّل، لا يصحُّ، ومن امتنع عن إيفاء الواجب، يُجبَر، هذا إذا شرط في عقد الرهن أن يضعه على يدي العدل، ويبيعه العدل.

فإن لم يكن مشروطًا في عقد الرهن، وأمره بالبيع بعد عقد الرهن بطلب المرتهن، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يُجبَر على البيع، والصحيح: أنه يُجبَر على كل حال؛ لِمَا قلنا من المعنىٰ.

المشترَى يكون رهنًا

(**رجل اشترىٰ شيئًا بدراهم، فقال المشتري للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهنٌ**).

وقال زفر: لا يكون رهنًا؛ لأن تسليم الثوب إليه محتملٌ، وقد يكون على وجه الرهن، وقد يكون على وجه الإيداع والإعارة، فإذا لم يُبيِّن، يثبت الأدنىٰ: وهو الإيداع.

ولنا: أنه أتىٰ بمعنىٰ الرهن: وهو الحبس إلى وقت القضاء، والعبرة للمعنىٰ، فيكون رهنًا، كما لو قال: ملَّكْتك هذا الثوب بعشرة دراهم، كان بيعًا بعشرة.

رجل عليه دين، فرهن عبد ابنه الصغير بالدين

(رجل عليه دَيْنٌ، فرهن عبد ابنه الصغير بذلك الدَّيْن، فهو جائزٌ)، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول عيسىٰ بن أبان.

وجه القياس: أن المقصود من الرهن: هو الاستيفاء، فيصير الأب مستقرضًا، والأب لا يملك الإقراض من غيره في مال الصغير، فلا يملك من نفسه.

وإنا نقول: بأنه جعل مال الصغير محفوظًا مضمونًا، ولو جعله محفوظًا غير مضمون، بأن يُودِعه، يصح، فهذا أولىٰ.

وإذا صَحَّ الرهن، فإن هلك عند المرتهن، يصير المرتهن مستوفيًا دينه من ماليته، ويضمن الأب قيمة الرهن لولده؛ لأنه قضىٰ دين نفسه بمال الصغير.

إذا صارت الوكالة حقًّا للمرتهن، فلا تبطل

(رجل رهن جاريةً تُساوي ألفًا بألف، ووَكَّلَ إنسانًا ببيعها إذا حَلَّ الأجل، فمات الراهن أو المرتهن، فالوكيل على وكالته، وإن مات الوكيل، انتقضت الوكالة)؛ لأن الوكالة صارت حقًّا للمرتهن، فلا تبطل بموت الراهن، ولا تبطل بموت المرتهن؛ لأن حقوقه لا تبطل بموته، بل تنتقل إلى ورثته، ولا [٢٢٤/ب] تبطل بموتهما أيضًا؛ وتبطل بموت الوكيل؛ لأن الموكِّل رضي برأيه، لا برأي وارثه، ولا برأي المرتهن، **(فلا يبيعه أحدٌ إلَّا بإذن الراهن)**.

أثر نقصان السعر في سقوط شيء من الدين

(رجل رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف إلى أجل، فتراجعت قيمته من حيث السِّعر إلى مئة، لا يسقط شيءٌ من الدَّيْن)، وعند زفر: يسقط قدر ما انتقص من ماليته في ضمان المرتهن، كما لو انتقصت قيمته بذهاب شيء من العين.

وإنا نقول: نقصان السِّعر لا أثر له في شيء من العين، بل العين على حاله كما كان، إنما هذه فترةٌ يحدُثها الله تعالىٰ في قلوب العباد، فتَقِلُّ رغائب الناس، بخلاف نقصان العين؛ ولهذا لو انتقص قيمة المبيع قبل التسليم من حيث السِّعر، لا يُخيَّر المشتري، بخلاف ما لو انتقص بمعنىٰ في العين، وكذلك في الغصب، لا يعتبر نقصان السِّعر، **(فإن قتله رجل خطأً بعدما تراجعت قيمته، غرِم القاتل مئة درهم)**، وهو ظاهرٌ.

فإن حَلَّ الأجل بعد ذلك، **(فإن المرتهن يأخذ المئة التي أخذها من القاتل قضاءً بقدره من الدين؛ لأنه ظفر بجنس حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء)**؛ لأن ما زاد على المئة، تَوِي في ضمان المرتهن، فلا يرجع على الراهن.

(ولو كان الراهن أمر المرتهن ببيعه بعدما تراجعت قيمته إلى مائة، فباعه المرتهن بمائة، فإن المرتهن يأخذ المئة بمائة من الدين، ويرجع على الراهن بتسعمائة)؛ لأن المرتهن لما باع بأمر الراهن، صار بيعه كبيع الراهن، وصار كأن الراهن أخذه من يد المرتهن وباعه، ولو كان هكذا، فما زاد على المئة، يكون هالكًا على الراهن، كذلك هاهنا.

ولو لم يكن شيء من ذلك، لكن بعدما تراجعت قيمته إلى مائة، **(قتله عبدٌ قيمته مائة، ودفع به، افتكَّه الراهن بجميع الدين، ولا يسقط شيء من الدين)**، وعلى قول زفر: يفتكّه بمائة، ويبطل الباقي، كما لو كان حيًّا، وقد ذكرنا وجه قوله.

وإذا لم يسقط عندنا شيءٌ من الدين، (على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يفتكُّه الراهن بجميع الدين، وليس له أن يَدَعَه على المرتهن بدينه.

وعلى قول محمد: يخير الراهن): إن شاء افتكَّه بجميع الدين، وإن شاء تركه على المرتهن بدينه.

وجه قوله: أن ملك الراهن تبدَّل في ضمان المرتهن، فيُخيَّر، كما لو تغيَّر المغصوب على هذا الوجه في ضمان الغاصب، والمبيع قبل التسليم، بأن قتله عبدٌ، ودفع به.

ولهما: أن العبد الجاني قام مقام الأول لحمًا ودمًا حتىٰ يسعىٰ في ديونه وغير ذلك، ولو كان الأول قائمًا حقيقةً وتراجع سِعْره، فأراد أن يتركه على المرتهن بدينه، لا يجوز؛ لأنه جعل الرهن بالدين، وذلك حرامٌ، قال عليه الصلاة والسلام: «**لا يُغلَق الرهن**»، وأراد به ما قلنا، فكذا إذا قام الثاني مقام الأول، بخلاف الغصب؛ لأنَّ تمليك المغصوب من الغاصب بالضمان، جائزٌ.

ما في وزنه وقيمته وفاء بالدين فيهلك بالدين

(**رجل رهن إبريق فضةٍ وزنه عشرةٌ بعشرة، فضاع، فهو بما فيه**)؛ لأنَّ في وزنه وقيمته وَفاءٌ بالدين، فيهلك بالدين، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه، فكذلك عندهم جميعًا.

أما عند أبي حنيفة؛ فلأن عنده المعتبر هو الوزن، وفي وزنه وفاءٌ بالدين، وأما عندهما؛ فلأن في قيمته وفاءٌ بالدين وزيادةٌ، فيصير قاضيًا دينه بأجود من دينه، وإن كانت قيمته أقلَّ من وزنه، فكذلك عند أبي حنيفة، يصير مستوفيًا دينه؛ لأنه يعتبر الوزن.

وعندهما: يضمن قيمته من خلاف جنسه، ويكون رهنًا مكانه، وتمام المسألة في «الزيادات» و«رهن الأصل».

(الراهن إذا سلَّط المرتهن على بيع الرهن، فمات الراهن، كان للمرتهن أن يبيعه وإن لم يَرْضَ به ورثة الراهن)؛ لما ذكرنا.

رهن عبدًا ووضعه عند عدل وأمره بالبيع

(رجل رهن عبدًا، ووضعه على يدي عدل، وأمره بالبيع، فباعه، وأوفىٰ حق المرتهن، وسلَّم العبد إلى المشتري، فهلك عنده، ثم جاء مستحق واستحق العبد، فالمستحق بالخيار: إن شاء ضَمَّن الراهن، وإن شاء ضَمَّن العدل)؛ لأنَّ كل واحد منهما غاصبٌ في حقه، فإن ضمِن الراهن نفذ البيع والقضاء؛ لأنه لما ضمِن الراهن ملك المضمون بأداء الضمان، فنفذ الرهن، وإن ضمِن العدل، فالعدل بالخيار: إن شاء رجع على الراهن بما ضمِن؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه الوَرْطة، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن الذي أعطاه؛ لأن منفعة عمله عادت إليه، إلَّا أن منفعة المرتهن كانت باعتبار ما [٢٢٦/أ] وصل إليه من الثمن، فلا يرجع عليه بأكثر من ذلك.

أما بيعه وقع للراهن؛ لأنه كان وكيلاً من قبل الراهن، وسبب الضمان في حقه هو البيع والتسليم؛ فلهذا لو رجع على الراهن، يرجع بما ضمن. [والله تعالىٰ أعلم].

❊❊❊

كِتَابُ الجِنَايَاتِ
بَابُ مَا يَجِبُ فِيْهِ القِصَاصُ وَمَا لَا يَجِبُ، وَمَنْ يَكُوْنُ لَهُ حَقُّ الاسْتِيْفَاءِ

المعتبر في الجنايات عدد الجُناة لا عدد الجنايات

(رجل شَجَّ نفسه، وشَجَّه غيره، وعقَره أسدٌ، ونهشته[1] حية، فمات من ذلك كلّه، فعلىٰ الأجنبي: ثُلُث الدية)؛ لأن المعتبر في الجنايات: عدد الجُناة، لا عدد الجنايات، فإن الإنسان قد يموت بجراحة ولا يموت بعشر جراحات، فلا يعتبر عدد الجناية واختلاف الجُناة، إنما يُعرَف باختلاف أحكام الجناية.

وحكم جناية الأسد والحية واحدٌ؛ لأن جنايتهما هدرٌ في الدنيا والآخرة، فيعتبر نوعًا واحدًا.

وجناية الأجنبي نوعٌ آخرُ؛ لأنها معتبرةٌ في حق الإثم والضمان.

وجنايته على نفسه نوعٌ آخرُ؛ لأنها غير معتبرة في حق الضمان؛ لمكان الاستحالة والتنافي، ولا في أحكام الدنيا، حتى يُغْسَل ويُصَلَّىٰ عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، وهي معتبرةٌ في حق الإثم وأحكام الآخرة.

وعلى قول أبي يوسف: يعتبر في حق أحكام الدنيا، حتى يصير باغيًا على نفسه، ولا يُصلىٰ عليه، فكان القتل حاصلاً ببلائه، فيجب على الأجنبي: ثلث الدية، ويكون ذلك في ماله؛ لأنه عمدٌ، فلا تتحمَّله العاقلة.

---

(١) في ب، والجامع (أصابته).

القصاص في القتل بالحديد دقًّا أو جرحًا

(رجل ضرب رجلاً بمَرٍّ، فقتله، فإذا أصابه الحديد، قُتِل به، وإن أصابه بعوده فعليه الدية)، أما إذا أصابه الحديد بحِدَّته جرحًا، كان عليه القصاص عند الكل؛ لوجود القتل صورةً ومعنًى.

وإذا أصابه الحديد بعرضه فقتله دقًّا، فعليه القصاص، أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر، وكذلك عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية؛ لوجود القتل بآلة أُعِدَّت للقتال نصًّا: وهو الحديد.

وفي رواية الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يجب القصاص؛ لأنه لم يوجد إفساد الظاهر، فلم يتكامل القتل، فعلىٰ هذه الرواية يعتبر الجرح، سواء كان حديدًا، أو عودًا، أو حجرًا بعد أن يكون آلةً يقصد بها القتل عادةً.

وفي ظاهر الرواية: عن أبي حنيفة: يعتبر القتل بالحديد دقًّا كان أو جرحًا، وأما إذا أصابه بعوده، لا قصاص عليه في قول أبي حنيفة، والمسألة معروفة: أن القتل بالمُثقَّل كالعصا الكبير، والحَجَر الكبير، لا يُوجِب القصاص في قول أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: كل ما لا يلبث عادةً، فهو بمنزلة السيف والسلاح، يجب به القصاص، وهي تعرف في «المختلف».

القتل بالنار كالقتل بالسلاح في القصاص

(رجل أحمىٰ تنورًا، وألقىٰ فيه إنسانًا، أو ألقاه في نار لا يستطيع منها الخروج، فقتله، كان عليه القصاص)؛ لأنَّ النار تفسد الظاهر والباطن، ويستعمل في المحاربات، فكان بمنزلة السلاح، إلَّا أنه لا يجعل كالسلاح في حكم الذكاة، حتى لو قرب النار إلى المذبح، وانقطع به العروق، لا يحل أكله؛ لأن الحِلَّ يتعلَّق بأنهار الدم، والنار تمنع السيلان وتحسَم، فلا يفيد الحل.

القصاص فيما إذا غرّق أحدًا في البحر

(وإنْ غرَّق صبيًّا أو بالغاً في البحر، لا قصاص عليه في قول أبي حنيفة، وعند صاحبيه يجب القصاص)، وهو بمنزلة الخشب العظيم.

القصاص فيما إذا ذبح بليطة قصب أو غرز إبرة

(وإنْ ذبح رجلاً بلِيْطَة قصب، فعليه القصاص)؛ لأنَّها تعمل عمل السيف في إفساد الظاهر والباطن؛ ولهذا كان مُلْحَقًا بالسِّكِّين في حكم الذكاة، فكذلك في القتل، وكذا لو غَرَزه بإبرة، يُقتَل؛ لوجود القتل بصفة الكمال.

ولو ضرب إنسانًا بسوط صغير، ووالىٰ في الضربات حتى مات، لا قصاص عليه عندنا، خلافًا للشافعي[1].

لا قصاص بالضرب بسوط صغير إذا مات منه

وإن ضربه بسوط أو عود، ومات بضربة واحدة، عنده: يجب القصاص إذا ضربه في المَقْتَل.

له: أنه قتله عمدًا، فيجب القصاص بالنصوص الواردة مطلقًا.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**أَلَا إنَّ قتيل خطأ العمد : قتيل السوط والعصا، وفيه : مائةٌ من الإبل**»[2]، وكذلك فيما تقدم.

وإذا لم يجب القصاص، تجب الدية على العاقلة؛ لأنه شبه العمد.

---

(١) قال الشافعي: «أو والىٰ عليه بالسَّوط حتى يموت»، مختصر المزني ص٢٣٨ (دار المعرفة).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٢/١١؛ والنسائي (٤٧٩٥)؛ وابن ماجه (٢٦٢٨)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/١٨٩؛ وابن حبان في صحيحه ١٣/٣٦٤.

[فصل]

قتل مسلمًا - بين الصفين - ظنًا أنه مشرك

(في الصفين يلتقيان، صفٌّ من المسلمين وصفٌّ من المشركين، فقتل مسلم رجلاً من أصحابه على ظَنِّ أنه مشرك، لا قصاص عليه، وعليه الكفارة).

أما لا قصاص عليه؛ لأنه خطأٌ، ولم يذكر الدية، وذكر في «السِّيَر»: أن عليه الكفارة والدية؛ لأن وجوب الكفارة والدية بالقتل الخطأ منصوصٌ عليه.

[٢٢٥/ب]

قتل الوالد بولده

(رجل قتل ابنه عمدًا، فعليه الدية في ماله في ثلاث سنين).

وقال مالك: عليه القصاص[(١)]؛ للعُمُومات الواردة في القصاص من غير فصل.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يُقاد والد بولده**»[(٢)]؛ ولأن القصاص لو وجب، يجب للابن أولاً، وليس للابن أن يقتل أباه بسبب ما: من الكفر وغيره؛ لأنه مأمورٌ بالإحسان إليه؛ ولهذا لو كان القصاص لغير الابن، ثم صار للابن يسقط.

---

(١) يفرق الإمام مالك بين قتل الوالد ولده بنحو حذفه بحديدة أو حجر، مما فيه القود لغير الوالد، فإن الوالد يُدْرأ عنه الحد، وعليه دية مغلَّظة، أما لو ذبحه، أو شَقَّ بطنه ونحو ذلك مما يعلم الناس قطعًا أنه قتل عمد، فعلىٰ الوالد في ذلك القصاص، وكذا الوالدة. انظر: المدونة ٣٠٦/٦ – ٣٠٨.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٢٢/١، من حديث عمرو ابن شعيب؛ والدارقطني في سننه ١٤٠/٣؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧٢/٨؛ «أما حديث أحمد من هذا الوجه، عن ابن لهيعة بالتحديث، وثم من عمرو بن شعيب شيئًا»، كما قال الرازي. انظر: البدر المنير ٣٧٤/٨.

وإذا لم يجب القصاص، تجب الدية؛ لأن قتل المسلم المعصوم لا يخلو عن قصاص أو دية، ويكون في مال القاتل؛ لأنه عمد، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**لا تعقل العاقلة عمدًا ولا صلحًا، ولا اعترافًا، ولا ما دون أرش المُوَضِّحة، ويكون في ثلاث سنين**»[1]؛ لأن وجوب الدية عُرِف شرعًا بخلاف القياس؛ لفقدان المماثلة بينهما، والشرع ورد بإيجابها مؤجَّلاً في ثلاث سنين.

وهذا بخلاف ما لو صالح من القتل العمد على الدية، ولم يذكر أجلاً يكون حَالًّا؛ لأن الدية ثمة وجبت بدلاً عن القصاص، والقصاص كان حالًّا، فكذلك البدل.

* * *

(١) قال الحافظ: «لم أره مرفوعًا إلَّا ما روىٰ الدارقطني، والطبراني في مسند الشاميين، عن عبادة بن الصامت رفعه: (لا تجعلوا على العاقلة من قول معترف شيئًا)، وإسناده ساقط، وأخرج الدارقطني، ثم البيهقي من طريق الشعبي، عن عمر نحوه ...، وهذا منقطع، وأخرجه البيهقي من قول الشعبي»، الدراية ٢/ ٢٨٠؛ وروىٰ أبو يوسف من قول عامر، وإبراهيم»، كتاب الآثار ١/ ٢٢١.

بَابُ الرَّجُلِ يُقْتَلُ عَمْدًا وَلَهُ وَرَثَةٌ صِغَارٌ أَو كِبَارٌ أَو كُلُّهُم كِبَارٌ وَبَعْضُهُم غُيَّبٌ

معتوه قتل وليه عمدًا

(معتوهٌ قتل وليه عمدًا[1]، فلأبيه أن يقتل القاتل قصاصًا، وله أن يصالح، وليس له أن يعفو، وكذا إذا قُطِعت يد المعتوه عمدًا).

والوصي بمنزلة الأب، إلَّا أنه لا يستوفي القصاص في النفس، أما الأب يستوفي القصاص في النفس وما دونه؛ لأن له وِلايةٌ كاملةٌ، تعُمُّ المال والنفس فيما كان نظرًا، وفي استيفاء القصاص نظرٌ للصغير والمعتوه، يدفع شر القاتل عنه على ما عُرِف، وإذا ملك الاستيفاء، ملك الصلح عن القتل؛ لأنه أنفع من استيفاء القصاص، ولا يملك العفو؛ لأنه إبطال محض، وأما الوصي لا يملك استيفاء القصاص في النفس؛ لأنه لا يملك التصرُّف في النفس، ويملك استيفاء القصاص فيما دون النفس.

والقياس: أن لا يملك؛ لأنه أنابه شيءٌ من النفس، وليس له وِلايةٌ على النفس.

وجه الاستحسان: أن الطَّرف خُلِق وِقايةً للنفس، فكان بمنزلة المال؛ ولهذا يجوز القضاء بالنكول في الأطراف في قول أبي حنيفة، والوصي يملك استيفاء المال، وإذا ملك الاستيفاء فيما دون النفس، ملك الصلح عنه؛ لأنه أنفع، ولا يملك العفو؛ لأنه إبطال محض.

---

(١) في الجامع بلفظ: (معتوه قتل ولي له، وله أب، فلأبيه أن يقتل) ص٥٧٤.

وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس؟ في رواية هذا الكتاب: يملك، وفي رواية كتاب الصلح: لا يملك.

وجه تلك الرواية: أنه تصرُّفٌ في النفس بالإسقاط، فلا يملكه، كما لا يملك الاستيفاء.

وجه رواية هذا الكتاب: أن المقصود من هذا العقد: هو المال، والوصي يملك التصرُّف في المال، فأما القاضي، الصحيح: أنه بمنزلة الأب، يملك الاستيفاء في النفس وما دونه، ولا يملك العفو؛ لأنه إبطالٌ، وقد مرَّ هذا في كتاب السِّيَر من هذا الكتاب[١].

اقتصاص الأبناء الكبار من القاتل دون الصغار

(**رجل قُتِلَ عمدًا، وله أولادٌ صِغارٌ وكِبارٌ، فللكبار أن يقتلوا القاتل، وقال أبو يوسف ومحمد: ليس لهم ذلك**[٢])، وهو قول الشافعي.

وجه قولهما: أن القصاص مشتركٌ بين الكل، فلا يملك البعض استيفاءه، كما لو كان بين حاضر وغائب، وكما لو قُتِل العبد المشترك بين جماعة.

ولأبي حنيفة: أن القصاص لا يتجزَّأ؛ لأنه ثبت بسبب لا يتجزَّأ، فيثبت لكل واحد منهم كَمُلاً، كولاية الإنكاح والأمان، فلا يمنع عن الاستيفاء، إلَّا إذا تمكَّن احتمال السقوط، وفي الحاضر والغائب احتمال العفو من الغائب ثابتٌ، وفي العبد المشترك السبب متجزِّئٌ، وهو الملك، فلا يتكامل.

---

(١) بهامش النسخة أ: «ذكر الناطفي في «أجناسه»: إذا لم يكن للصغير أبٌ أو وصيٌّ، فرُفِع إلى القاضي، فإن القاضي لا يستوفي القصاص في النفس، ولا فيما دون النفس، حتى يكبُر الغلام، فيستوفيه بنفسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، ذكره في «الكاساني» إملاء محمد بن الحسن.

وقوله: حتى يكبُر فيستوفيه، إشارةٌ إلى الفرق بين هذه الصورة وبينما لم يكن للمقتول وارثٌ أصلاً».

(٢) وتكملتها في الجامع الصغير: «... حتى يُدرِك الصِّغار»، ص٥٧٤.

سقوط القصاص بسبب يدّعيه الحاضر على الغائب

(رجل قُتِلَ وله وليان[١] : أحدهما غائبٌ، وأقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا، قُبِلت بينته على الحاضر، ويسقط القصاص)؛ لأنه ادَّعىٰ حقًّا على الحاضر: وهو سقوط القصاص بسبب يَدَّعِيْه على الغائب، فينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ضرورةً.

(وكذلك عبد بين رجلين قُتِل عمدًا، وأحد المَوْلَيَيْن غائبٌ).

***

(١) في الجامع الصغير (عالم الكتب): (وله ابنان).

بَابُ
الشَّهَادَةِ [فِيْ القَتْلِ]

القصاص حق المقتول أم حق الورثة؟

(رجل قُتِل وله وليان، أحدهما غائبٌ، فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدِم الغائب، فإنه يُعيد البينة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يُعيد.

وأجمعوا: على أنه لو كان القتل خطأً، لا يُعيد.

[٢٢٧/أ] **وكذا لو أثبت أحدهما دينًا لأبيه على رجل)**، ثم قدم الغائب، لا يُعيد.

لهما: أن القصاص يجب حقًّا للمقتول أولاً، ثم ينتقل إلى الورثة؛ لأنه وجب بإفساد نفسه، ونفسه حقُّه، ولهذا لو كان القتل خطأً، كانت الدية للمقتول، وكذا لو انقلب القصاص مالاً، كان المال حقًّا للمقتول، يُقضىٰ منه ديونه، وتُنفَذ منه وصاياه.

وللمرأة حقٌّ في القصاص، وأنها لا تملك شيئًا من حقوق الزوج إلَّا بطريق الوراثة.

فثبت أن القصاص حق المقتول، وأحد الورثة ينتصب خصمًا في إثبات حقوق الميت، كما في الدين وغير ذلك.

ولأبي حنيفة: أن القصاص من حيث إنَّه شُرِع للتشفِّي، ودَرْك الثَّأر، حقُّ الوارث، لا من حقوق الميت؛ لأن حق الإنسان ما ينتفع به، وأحدهم لا يكون خصمًا عن سائرهم في إثبات حقوقهم، فتلزمه إعادة البينة، حتى لا يكون استيفاءً مع الشبهة.

شهدوا أنه ضربه فمات من ضربه

(**إذا شهد الشهود على رجل أنه ضرب فلانًا عمدًا، فلم يزل المضروب صاحب فراش حتى مات، ففيه القَوْد**)؛ لأنَّهم شهدوا عليه بالقتل العمد؛ لأنَّ تفسير القتل: أنْ يضربه فيموت بضربه، وإذا صار صاحب فراش بضربه حتى مات، فقد مات بضربه، وهذا إذا شهدوا أنه ضربه بشيءٍ جارِحٍ.

اختلاف شهود القتل في الأيام، أو المكان أو الآلة

(**وإن اختلف شهود القتل في الأيام، أو في المكان**[1]**، أو في الآلة، لا تقبل شهادتهم**)؛ لأن القتل مما لا يُعاد ولا يتكرَّر، فالموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر.

وكذا الآلة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، فالقتل بالجارح يُوجِب القصاص، وبغير الجارح لا يُوجِب، وليس على كل واحد من القتلين إلَّا شهادةُ شاهدٍ واحدٍ، فلا يثبت.

(**وكذا لو شهد أحدهما عليه بالقتل بآلة لا تُوجِب القصاص، وقال الآخر: لا أدري بأيِّ شيءٍ قتله، لا تُقبَل**)؛ لأن أحدهما شهد بقتل معلوم، والآخر شهد بقتل مجهول، فلم يتَّفِقا على قتل واحد.

جهالة المشهود به في الشهادة

(**وإنْ شهدا أنه قتله، وقالا: لا ندري بأي شيء قتله، ففيه الدية**) استحسانًا، والقياس: أن لا تُقبَل هذه الشهادة؛ لجهالة المشهود به.

وجه الاستحسان: أنهما شهدا بقتل مطلق، فيُقضىٰ بأدنىٰ القتلين: وهو الخطأ، ويحمل أمرهما على ما نُدِبا إليه، وهو دَرْءُ القصاص بإيصال الحق إلى صاحب الحق، لا على التجهيل[2].

---

(١) عبارة الجامع (أو في البلدان، أو في الذي كان القتل به)، ص٤٩٧.

(٢) في ب هنا (على التحمل).

بخلاف ما إذا شهد أحدهما بآلة لا تُوجِب القصاص، وقال الآخر: لا أدري؛ لأن ثمة شهد أحدهما بما لا يُوجِب القصاص، فلا يحمل فعل الآخر على الدَّرْء فيتعيَّن الجهل، أما هاهنا بخلافه.

إذا أقر رجلان كل واحد منهما: أنه قتل عمدًا

(**رجلان أَقَرَّ كل واحد منهما أنه قتل فلانًا عمدًا، فقال الولي: قتلتُمَاه جميعًا، فله أنْ يقتلهما**)؛ لأن كل واحد منهما أقرَّ على نفسه بوجوب القصاص، والتفرُّد، والوَلِيُّ صَدَّقَه في أحدهما، وهو وجوب القصاص، وكذَّبه في التفرُّد، وتكذيب المُقِرِّ في بعض ما أقرَّ به، لا يبطل إقراره بما بقي.

كذب الشهود في بعض ما شهدوا به

فرق بين هذا، وبين ما (**إذا شهد قوم على رجل أنه قتل فلانًا عمدًا، وشهد قوم آخرون على رجل آخر أنه قتله عمدًا، فقال الولي: بل قتلتماه جميعًا، بطل الكل**).

والفرق: أن ثمة كذَّب الشهود في بعض ما شهدوا به، وتكذيب الشاهد في بعض ما شهد به، يبطل الشهادة فيما بقي؛ لأنه فسَّقه، والفسق يبطل الشهادة، ولا يبطل الإقرار.

شهد اثنان من الأولياء بعفو الثالث في العمد وذلك على وجوه:

(**رجل قتل رجلاً عمدًا، وللمقتول أولياء ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الثالث: أنه عفا، فشهادتهما باطلةٌ**)؛ لأنهما شهدا لأنفسهما بانقلاب نصيبهما مالاً، فلم تُقبَل.

ثم بعد ذلك المسألة على وجوه أربعة: إما أن صدَّقهما القاتل [والمشهود عليه، أو] كذَّبهما [القاتل] والمشهود عليه، [أو صَدَّقهما القاتل وكَذَّبَهما المشهود عليه]، أو على العكس.

(فإن صدَّقهما القاتل والمشهود عليه: كان للشاهدين ثُلُثا الدية، ولا شيء للمشهود عليه، كما لو ثبت ذلك عيانًا.

وإن كذَّبهما القاتل والمشهود عليه: كان على القاتل ثُلُث الدية للمشهود عليه، ولا شيء للشاهدين)؛ لأنَّهما أقرَّا بسقوط القصاص، فيسقط، وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً، وقد أنكر القاتل، فلم يثبُتْ، ويُجعَل شهادتهما بمنزلة ابتداء العفو منهما، وللمشهود عليه ثُلُث الدية؛ لأن القصاص لم يسقط من جهته، وإنما سقط بإقرار الشاهدين، فانقلب نصيبه مالاً.

وإن صدَّقهما القاتل، وكذَّبهما المشهود عليه: سقط القصاص، ويجب على القاتل ديةٌ كاملةٌ بينهم أثلاثًا؛ لأنهما أقرَّا بسقوط القصاص، وانقلاب نصيبهما مالاً، وقد أقرَّ القاتل بذلك، فيلزمه ثُلُثا الدية لهما، وثُلُث الدية للمشهود عليه؛ [٢٢٦/ب] لأنه ما أقرَّ بسقوط القصاص، وإنما يسقط القصاص بإقرار غيره.

وإن كذَّبهما القاتل وصدَّقهما المشهود عليه، كان على القاتل ثُلُث الدية للمشهود عليه، يأخذه من القاتل، ويدفعه إلى الشاهدين، فيكون بينهما؛ لأن الشاهدين يدَّعيان ثُلُثَي الدية لأنفسهما، والقاتل كذَّبهما في المال، والقاتل أقرَّ على نفسه بثُلُث الدية للمشهود عليه؛ لأنه يزعم أن القصاص سقط بإقرار الشاهدين، فانقلب نصيب المشهود عليه مالاً فيما أقرَّ القاتل به على نفسه للمشهود عليه، أقرَّ المشهود عليه بذلك لغيره، فيأخذه المُقَرُّ له، ويدفعه إلى مَنْ أَقَرَّ له، كرجل أقرَّ على نفسه لرجل بألف، فقال المُقَرُّ له: ليس لي، وإنما هي لفلان، كان المال[1] للمُقَرِّ له الثاني، كذلك هنا، وهذا استحسان.

والقياس: أنْ لا يقضي بشيء؛ لأنَّ الشاهدين ادَّعَيا المال، وكذَّبهما القاتل، والقاتل أقرَّ على نفسه بالثُّلُث للمشهود عليه، وهو ينكر.

ووجه الاستحسان ما قلنا.

---

(١) في د (الألف) بدل (المال).

بَابٌ
فِي اِعْتِبَارِ حَالَةِ القَتْلِ

حصول التلف في محل غير معصوم

(رجل رمىٰ مسلمًا، فارْتدَّ المسلم قبل أن يقع به السهم، ثم أصابه السهم، فقتله، فعلىٰ الرامي الدية لورثة المُرْتَدِّ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء عليه).

لهما: أن التلف حصل في محَلٍّ غير معصوم، فيُهدَر؛ ولأنه بالارتداد أبطل عصمته، فصار مُبرِأً له عن الجناية، ولو أبرأه عن الجناية، أو عن حقه، ثم أصابه السهم، لا شيء عليه؛ لأنه أبرأ بعد السبب، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن الإنسان إنَّما يُؤاخَذ بفعله، وفعله الرمي دون الإصابة، فيصير قاتلاً من وقت الرمي؛ ولهذا لو كانت الجناية خطأً، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، صحّ تكفيره.

المعتبر وقت الرمي والشبهة في حالة التلف

(وكذا لو رمىٰ مسلم إلى صيد، ثم ارتد ـ والعياذ بالله ـ، فأصابه السهم، فقتله، حلَّ أكلُه، ولو كان مجوسيًا وقت الرمي، فأسلم قبل الإصابة، ثم أصابه السهم فقتله جرحًا، لا يَحِلُّ أكله).

(وكذا لو رمىٰ حربيًّا فأسلم قبل الإصابة، ثم أصابه السهم فقلته، لا شيء عليه، وكذا لو رمىٰ بالحجر إلى رجل قد قضىٰ القاضي عليه بالرجم، فرجع أحدٌ من الشهود قبل الإصابة، ثم أصابه فقتله، لا شيء عليه)، وكذا لو رمىٰ إلى صيد ومات الرامي، ثم أصاب السهم فقتل، حلّ أكله.

(وكذا لو رمىٰ محرم إلى صيد ثم حَلّ، فأصابه السهم فقتله، كان عليه الجزاء، ولو رماه وهو حلالٌ ثم أحرم، فأصابه السهم، لا يلزمه شيء).

فيثبت أن المعتبر وقت الرمي، ووقت الرمي كان المقتول مسلمًا متقوَّمًا، إلَّا أن اعتبار حالة التلف، أوجب شبهةً، فتجب الديةُ.

وما قالا: بأنه بالارتداد صار مُبرِأً عن ضمان الجناية، لا يصح؛ لأن في اعتقاده: الرِدَّة لا يبطل التقوُّم، فكيف يصير مُبرِأً عن ضمان الجناية.

وإن رمىٰ مرتدًا فأسلم، ثم أصابه السهم فقتله، فلا شيء عليه في قولهم جميعًا، وكذلك لو رمىٰ حربيًّا فأسلم، فأصابه السهم، لا شيء عليه.

أما عند أبي حنيفة؛ فلأنَّ عنده: المعتبر حالة الرمي، ووقت الرمي لم يكن متقوَّمًا، فوقع هَدَرًا.

وأما عندهما؛ فلأن فعله وقت الرمي وقع هَدَرًا، فلا ينقلب معتبرًا، بخلاف الأول، فإن ثَمَّة وقع فعله معتبرًا، إلَّا أنه بطل الضمان بحكم الإبراء من وجه الذي قلنا.

(وإن رمىٰ عبدًا، فأعتقه مولاه، ثم أصابه السهم فقتله، فعليه قيمته للمولىٰ في قول أبي حنيفة، وهكذا روىٰ الحسن بن زياد عن أبي يوسف.

وقال محمد : عليه فضل ما بين قيمته مرميًّا إلى غير مَرْمِيٍّ)، حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم، وبعد الرمي ثمانمائة درهم، يلزمه مائتا درهم.

وجه قول محمد: أنه بالرمي أشرف على الهلاك، كما لو جرحه جرحًا، ولو جرحه ثم أعتقه مولاه، ثم مات من تلك الجراحة، تنقطع السراية، ولا تلزمه الدية، ولا القيمة، وإنما يلزمه النقصان، كذلك هاهنا.

وأبو حنيفة مرّ على أصله؛ لأنَّ عنده: يصير قاتلاً من وقت الرمي، فتجب القيمة للمولىٰ.

وأبو يوسف فرَّق بين هذا وبين ما تقدَّم، والفرق: أن فيما تقدَّم: اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المَحَلِّ، يجعل ذلك بمنزلة الإبراء، أما هاهنا: [٢٢٨/أ] اعترض على الرمي ما يُؤكِّد عصمة المَحَلِّ، وهو الإعتاق، فلا تبطل الجناية، وتعذَّر إيجاب الدية؛ لأن الفعل انعقد موجبًا ضمان القيمة، فلا يعتبر، ولا تلزمه الزيادة بالشَّكِّ.

ما وقع هدرًا لا ينقلب معتبرًا

(**رجل قُضِيَ عليه بالرجم، فرماه رجل، ثم رجع واحدٌ من الشهود، ثم وقع به الحجر فقتله، لا شيء على الرامي**)، أما عند أبي حنيفة، فَلِمَا قلنا، وأما عندهما؛ فلأن هذا وقع هَدَرًا، فلا ينقلب معتبرًا.

فالحاصل: أن الفعل إذا وقع هَدَرًا، لا يعتبر بحدوث العصمة، وإذا وقع معتبرًا، فبطلت العصمة، بطل الضمان عندهما.

مراعاة وقت الفعل إذا اختص الجاني بمعنى

وأجمعوا: أن الضمان إذا اختص بمعنىٰ في الجاني، يُراعىٰ فيه وقت الفعل، مثاله: الذكاة، وجزاء الإحرام.

صورته: (**محرم رمىٰ صيدًا ثم حلَّ، فوقع السهم بالصيد، فقتله، فعليه الجزاء بالإجماع**).

أما ما يرجع إلى المَحَلِّ، عند أبي حنيفة: يعتبر فيه حالة الرمي أيضًا، وعندهما: يعتبر وقت الإصابة.

بَابُ
الرَّجُلِ يَقْطَعُ يَدَ إِنْسَانٍ ثُمَّ يَقْتُلُهُ

تداخل الجنايات في الجراحات

(رجل قطع يد رجل خطأً، [ثُمَّ قتله عمدًا قبل البَرْء، أو على العكس، أو قطع يده خطأً، وبرأت يده، ثم قتله خطأً، أو قطع يده عمدًا فبرأت، ثم قتله عمدًا][١]، فإنه يُؤخَذ بالأمرين جميعًا.

وإن قطع يده عمدًا، ثم قتله عمدًا قبل البَرْء، فإن شاء الإمام قال: اقطعوا يده ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتلوه، وقال أبو يوسف ومحمد: يقتله ولا يقطع).

والحاصل: أنه متىٰ أمكن الجمع بين الجراحات، يجمَعُ، ويُجعَلُ الثاني مُتمِّمًا للأول؛ (لأن القتل عادةً لا يحصل بضربة، فيجعل الكل قتلاً وفعلاً واحدًا، (وفقهه: كيلا تجب الزيادة بالشك)[٢] وإن اختلف حكمها كما في الفصل الأول.

والثاني: لا يُجعَل الثاني مُتمِّمًا للأول)[٣]، وكذا إذا تخلَّل البَرْء؛ لأن الفعل الأول قد انتهىٰ، فلا يُجعل الثاني متمِّمًا للأول، ففي العمد يجب القصاص فيهما، وفي الخطأ تجب دية اليد، ودية النفس.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ب، د.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من د.

أما إذا لم يتخلَّل البَرْء واتَّحد حكمهما، يُجعَل الثاني مُتمِّمًا للأول.

اعتبار معنى الاتحاد في الخطأ والخلاف في العمد

بعد هذا اتفقوا: على اعتبار معنىٰ الاتحاد في الخطأ، حتى لا تجب إلَّا ديةٌ واحدةٌ.

واختلفوا: في قتل العمد: هما يعتبران: معنىٰ الاتحاد، فقالا: لا يقتل ولا يقطع، ويجعَلُ الثاني مُتمِّمًا للأول، كما في فصل الخطأ.

وأبو حنيفة يقول: يُفوِّض الأمر إلى القاضي: إن شاء جعلهما فعلاً واحدًا، فيأمر بالقتل دون القطع، وإن شاء اعتبرهما فعلين، فيجمع بين القطع والقتل.

حُجَّته في ذلك: أن الجناية متعدِّدةٌ حقيقةً، وإن كانت متَّحِدةً حكمًا؛ لاتحاد المقصود: وهو إزهاق الروح، ومبنىٰ القصاص على التساوي والتماثل: **(فإن شاء مال إلى جهة التعدُّد، فيقطع ويقتل، وإن شاء مال إلى جهة الاتحاد، فيقتل ولا يقطع)**، بخلاف الخطأ؛ لأن مبنىٰ الدية ليس على التساوي، فإن المال وإنْ كثر، لا يماثل النفس، فيُراعىٰ فيه جانب الاتحاد، ولا يُزاد على دية واحدة.

ضرب رجلاً مئة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة

(رجل ضرب رجلاً مئة سوط، فبرأ من تسعين، ومات من عشرة، فعليه دية واحدة)؛ لأنه لما برِأ من التسعين، لم يَبْقَ لما برِأ حكمٌ إلَّا في التعزير، فكان القتل حاصلاً بالعشرة، فلا تجب إلَّا دية واحدة، وهذا هو الجواب في كل جراحة اندملت ولم يبقَ لها أثرٌ.

وعن أبي يوسف: أنه أوجب في مثله حكومة العدل.

وعن محمد: أنه أوجب فيه أجر الطبيب وثمن الأدوية، وهذا إذا كانت الجناية جرحًا.

أما إذا لم تكن جارحةً، لا يجب شيءٌ بالاتفاق.

وما ذكر من الجواب في مسألة الكتاب، محمول على ما إذا برأ من التسعين، ولم يبقَ لها أثرٌ، فإن كانت جراحةً، فاندملت وبقي أثرها؛ لأن فيه حكومة العدل بالأول، والدية بالثاني عند الكل.

عفا عن الجنايات ومات

(رجل قطع يد إنسان عمدًا، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك، فعلىٰ القاطع الدية في ماله) استحسانًا، والقياس: أن يُقتَل.

(وإن عفا عن القطع وما يحدُث منه، أو عفا عن الجناية ومات، فهو عَفْوٌ عن النفس، وقال ابو يوسف ومحمد : إذا عفا عن القطع، فهو عَفْوٌ عن النفس).

أما العفوُ عن الجناية؛ فلأن الجناية تتناول القطع والقتل جميعًا، وكذا العفو عن القطع وما يحدث منه، عَفْوٌ عن السراية أيضًا.

وأما العفو عن القطع، عندهما كذلك أيضًا؛ لأن العفو عن الفعل عَفْوٌ عن موجبه، وموجبه ضمان الطرف عند الاقتصار، وضمان النفس عند السراية، فصار بمنزلة العفو عن الجناية.

وأبو حنيفة يقول: العفو عن القطع، عفْوٌ عن موجبه، كما قالا، وعند السراية، تبيّن أنه كان قتلاً، والعفو عن القطع لا يكون عفوًا عن موجب [٢٢٧/ب] القتل، فبطل العَفْوُ، وإذا بطل العَفْوُ، فالقياس: أن يُقتَل في العمد، كما لو انعدم العَفْوُ أصلاً.

وفي الاستحسان: تجب الدية؛ لأن العَفْوَ وإن تناول القطع دون القتل، إلَّا أنَّ الفعل واحدٌ صورةً، فتمكَّن شبهةُ العَفْو، والقصاص لا يجب مع الشبهات.

في الدية
إذا عفا عن الجناية

ثم إذا عفا عن الجناية، أو عن القطع وما يحدث منه، حتى كان عفوًا عن النفس، فإن كان عمدًا، كان من جميع ماله؛ لأن موجب العمد: القصاص، والقصاص ليس بمال، فلا يتعلق به حق الورثة قبل الموت، فيصح إسقاطه، وإن كان خطأً، يعتبر من ثُلُث ماله؛ لأنه تبرُّعٌ بالدية، وتبرُّعُ المريض يعتبر من الثُّلُث، وأنها وصيةٌ للعاقلة [فيصح]، وهذا لا يشكل على قول من لا يجعل القاتل واحدًا من العاقلة.

أما على قول من يجعله واحدًا من العاقلة، وجب أن لا تصح الوصية بقدر حصته من الدية؛ لأنها وصيةٌ للقاتل، والصحيح: أنها تصح في الكل عند الكل؛ لأنا لو أبطلنا الوصية في حصة القاتل، كانت الوصية كلها للعاقلة، كمن أوصىٰ لحي وميت، كانت الوصية للحي تصحيحًا للوصية، فلو أبطلنا الوصية في حصته ابتداءً، يلزمنا تصحيحها في الانتهاء، فصحَّحْناها في الابتداء قصرًا للمسافة.

امرأة قطعت يد رجل فتزوجها على القطع

(**امرأة قَطَعت يد رجل، فتزوَّجها على القطع**)، فإن برِأ، كان القطع مهرًا، سواء كان القطع عمدًا أو خطأً، تزوَّجها على القطع، أو على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية؛ لأنه لمَّا برِأ، تبيَّن أن موجبها الأرش دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرش يصلُح صَداقًا.

وإن مات من ذلك، فهو على وجهين: إما أن كان عمدًا، أو خطأً، فإن كان عمدًا وتزوَّجها على القطع، أو على الجراحة، فمات، القياس: أن تُقتَل؛ لأنه لما مات، ظهر أن الواجب هو القصاص، وهو لم يجعل القصاص مهرًا؛ لِمَا عُرِف، ولو جعل القصاص مهرًا، لا يصح، فصار كأنه تزوَّجها ولم يذكُر شيئًا.

وفي الاستحسان: تجب الدية في مالها، ولا تُقتَل، أما سقوط القصاص؛ لاتحاد الفعل صورةً، فتمكَّنت شبهة الصلح، وتجب الدية في مالها؛ لأنها عمد؛ ولأنها وجبت بالصلح، فلا تعقله العاقلة، ولها مهر مثلها؛ لأنه سمّىٰ ما لا يصلح مهرًا، فصار كأنه لم يُسَمِّ شيئًا، وقد وجبت عليها الدية، ولا تقع المقَاصَّة؛ لأن الدية مؤجَّلةٌ، ومهر المثل حالٌّ، وإذا حلَّ الأجل تقع المقاصَّة، وترفع من الدية قدر مهر مثلها، وتغرَم الباقي.

وإن تزوَّجها على القطع وما يحدُث منه، أو على الجناية، والقطع عمد، فمات، لها مهر مثلها، ولا شيء عليها، ولا على العاقلة، أما وجوب المهر؛ فَلِمَا قلنا: إنَّه جعل القصاص مهرًا، والقصاص لا يصلح مهرًا؛ لأنه ليس بمال، وإنما يسقط القصاص بغير بدل؛ لأنه لمّا جعله مهرًا، فقد رضي بسقوطه بغير بدل.

وإن كان القطع خطأً، فإن تزوَّجها على القطع، أو على الجراحة، فمات، كان لها مهر مثلها؛ لأنه جعل موجب القطع مهرًا، ولما مات، ظهر أنه لم يكن لهذا القطع موجَبٌ، فصار كأنه لم يُسَمِّ شيئًا، وتجب الدية على عاقلتها؛ لأن ضمان الخطأ يكون على العاقلة، ترفع عن العاقلة قدر مهر مثلها؛ لأن العاقلة يتحمَّلون عنها، فلا يتحمَّلون لها، ولو وجب كل الدية على العاقلة، فإذا أخذ منهم، يدفع من ذلك مقدار مهر المثل إليها، فيكون التحمُّل واقعًا لها في ذلك القدر.

وإن تزوَّجها على القطع وما يحدُث منه، أو على الجناية، والقطع خطأً، فمات منه، كان لها مهر مثلها؛ لأنه لمّا مات، ظهر أن الواجب دية النفس، والدية تصلُح مهرًا، إلَّا أنه مريضٌ، والمريض إذا تزوَّج امرأة بمال كثير، كان لها قدر مهر مثلها، وما زاد على مهر المثل يكون وصيةً لها، إلَّا أنها قاتلةٌ، فتُجعَل وصيته للعاقلة تصحيحًا، فإن كان مهر مثلها قدر الدية، لا تغرِم العاقلة شيئًا لها؛ لأن العاقلة يتحمَّلون عن القاتل تحقيقًا، فلا يتحمَّلون لها، وإن كان مهر مثلها أقلَّ من الدية، سقط قدر مهر مثلها عن العاقلة، والباقي وصيةٌ للعاقلة، وهم أجانب، فإن كان يخرج ذلك الفضل من ثُلُث ماله، سقط الفضل عن العاقلة، وإن كان لا يخرج من ثُلُث ماله، فلهم ثُلُث الزيادة، ويرُدُّون الباقي على ورثة الميت، هذا كله قول أبي حنيفة.

[٢٢٩/أ] أما عندهما: في العمد والخطأ: إذا تزوَّجها على القطع، فهو بمنزلة ما لو تزوَّجها على القطع وما يحدُث منه، أو [تزوَّجها] على الجناية، بناءً على الخلاف الذي ذكرنا فيما مر.

قُطِعت يده فاقتص له من اليد ثم مات

(**رجل قُطِعت يده، فاقتصَّ له من اليد، ثم مات، فإنَّه يُقتَل المقتصُّ منه**)؛ لأنَّ المقتصَّ له لَمَّا مات، تَبَيَّن أن حقه كان في النفس، وباستيفاء الطرف، لم يبطل حقه عن القتل.

وعن أبي يوسف: أنه لا يُقتَل؛ لأن من له القصاص لمّا أقدم على القطع، فقد أبرأه عمّا وراء القطع.

وإنا نقول: إنَّما يجعل مُبرِأً عمّا وراء القطع إذا كان الموجب معلومًا عند القطع، وموجبه وقت القطع في زعمه هو القطع، فلا يكون مُبرِأً.

بَابُ
القَتِيْلِ يُوْجَدُ فِي الدَّارِ وَالمَحَلَّةِ

اشترى دارًا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل

(رجل اشترىٰ دارًا ولم يقبضها، حتى وُجِد فيها قتيل، فالدية على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيارٌ لأحدهما، فالدية على عاقلة مَنْ كانت الدار في يديه.

وقال أبو يوسف ومحمد: في البيع الباتِّ: الدية على عاقلة المشتري، وفي البيع بشرط الخيار: الدية على عاقلة من تصير الدار له).

فعندهما: المعتبر في إيجاب الدية: الملك، وعند أبي حنيفة: اليد.

وعلى قول زفر: الدية على من كانت الدار له وقت وجود القتيل.

وأجمعوا: على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل، يتعلق بولاية الحفظ؛ لأنه ضمان ترك الحفظ.

فبعد ذلك قال أبو يوسف ومحمد: ولاية الحفظ يستفاد بالملك، فيعتبر الملك.

وأبو حنيفة يقول: حقيقة القدرة تثبت باليد، إلَّا أن الملك سبب اليد، فإذا كان الملك لأحدهما، واليد للآخر، كان اعتبار اليد أولىٰ.

قوم باعوا دورهم إلّا رجل بقي له شقص فوجد في المحلة قتيل

(قوم باعوا دُورهم، إلَّا رجلٌ بقي له شِقْصٌ، فوجد في المَحَلَّةِ قتيلٌ، فالدية على صاحب الخِطَّة، وهو صاحب الشِّقْص، وإن باعوا كلهم، فالدية على المشتري)؛ لأنَّ وجوب الدية، حكم ترك الحفظ، والرأي والتدبير في حفظ المحلة في العادة يكون إلى أصحاب الخِطَّة، وإلى المشتري عند عدمهم؛ ولهذا تنسب المحلة إلى أصحاب الخطة، فإذا بقي من أصحاب الخطة، كان هو أولىٰ بالحفظ؛ لأنه أصلٌ، والمشتري خَلَف، ولا عبرة للخَلَف حال قيام الأصل.

وقال أبو يوسف: المُلَّاك في ذلك سواء، لا يقدم صاحب الخطة على المشتري، كما في القتيل الموجود في الدار.

وهما فَرَّقا بين الدار وبين المحلة؛ لأن حفظ الدار يكون على المالك، أما حفظ المحلة، عادة يكون إلى صاحب الخطة.

والمسجد في هذا الحكم بمنزلة الخطة؛ لأنه في ولاية الحفظ بمنزلة المحلة.

دار نصفها لرجل وعُشرها لآخر، وما بقي لآخر، ووجد فيها قتيل

(دار نصفها لرجل، وعُشرها لآخر، ولآخر ما بقي، ووجد فيها قتيل، فالدية على رؤُوس الرجال)؛ لأنَّ وِلَاية الحفظ لا تتفاوت بتفاوت الملك، والاستواء في الولاية يوجب الاستواء في الغرامة، كما في استحقاق الشفعة.

قتيل مَرّ في الفرات بين قريتين أو دابة مرت عليها قتيل

(قتيل مَرَّ في الفُرات بين قريتين، فلا شيء على أحدٍ، وإن مرَّتْ دابة عليها قتيلٌ بين قريتين، فالدية على أقربهما)؛ لأنَّ وجوب الدية والقسامة باعتبار ترك الحفظ، والفرات ليست في يد أحد، ولا يملك، فموضع الفرات بمنزلة الفلاة من الأرض التي لا حق لأحد فيها، وبدون ولاية الحفظ، لا ينسب إلى التقصير.

بخلاف الدَّابَّة؛ لأن القدرة على حفظ ذلك الموضع ثابتةٌ لأقربهما، فيضمن بترك الحفظ، هكذا روي عن عمر رضي الله عنه: «**أنَّه قضىٰ في قتيل وجد بين وادعة وأرحب: على أقربهما، وهي وادعة**»[1].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٤٢/٥؛ وابن عبد البر في الاستذكار ١٥٢/٨.
انظر: نصب الراية ٣٩٤/٤.

والنهر الصغير بين القريتين بمنزلة الدابة؛ لأن مثل هذا النهر يدخل في الأيدي.

قوم اقتتلوا بالسيوف فأجلوا عن قتيل

(قوم اقتتلوا بالسيوف، فأجلوا عن قتيل، فالدية والقَسامة على أهل تلك المحلة).

وذكر في «المنتقىٰ»: أن هذا قول أبي حنيفة، أما على قول أبي يوسف: الدية على عواقل الذين اقتتلوا.

وجه ظاهر الرواية: ما روي: «**أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قضىٰ بالدية والقسامة على أهل خيبر، حين وجد قتيل في قَليب من قُلُب خيبر**»[1]؛ ولأنَّهم تركوا حِفْظ المحلة، فيُغرَمُون الدية.

(فإن ادَّعىٰ أولياء القتيل القتل على رجل بعينه، أو على قوم بأعيانهم من غير أهل المحلة، فأهل المحلة براءٌ من ذلك؛ لأن دعواهم تضمن براءة أهل المحلة، ولا شيء على المدعىٰ عليه بدون الحجة).

رجل في يديه دار وجد فيها قتيل

(رجل في يديه دار، وجد فيها قتيل، لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها للذي في يديه)، أراد به: إذا أنكر العاقلة كون الدار ملكًا للذي في يديه، وكذا لو وجد صاحب الدار قتيلاً في داره؛ لأن اليد دليل الملك من حيث الظاهر، والظاهر يصلح حجةً للدفع دون الاستحقاق، فلا يصلح حجةً لإيجاب الدية على العاقلة، وهذا على قولهما ظاهرٌ؛ لأنهما يعتبران الملك. [٢٢٨/ب]

أما على قول أبي حنيفة فكذلك؛ لأن عنده: المعتبر يد الملك، لا مُجَرَّدَ اليد.

---

(١) ويقصد به: حديث سهل بن أبي حثمة، والحديث أخرجه البخاري (٣١٧٣)؛ ومسلم (١٦٦٩)، وسائر أصحاب السنن. انظر: نيل الأوطار ص١٣٥٥ (بيت الأفكار).

بَابٌ
فِي الجِرَاحَاتِ الَّتِي هِيَ دُوْنَ النَّفْسِ

نزع سِنَّ رجل، فانتزع المنزوعة سِنُّهُ سِنَّ النازع ثم نبت سِنُّ الأول

(رجل نزع سِنَّ رجل، فانتزع المنزوعة سِنُّهُ سِنَّ النازع، ثم نبت سِنُّ الأول، فعلىٰ الأول لصاحبه أرشُ السِّن: خمسمائة)؛ لأنَّ جناية الأول قد ارتفعت بذهاب أثرها، ولهذا لو نبتت قبل استيفاء القصاص، يسقط القصاص، فإذا استوفىٰ القصاص ولم ينتظر، ثم نبتت، يصير مستوفيًا بغير حق، إلَّا أنه لا يجب القصاص؛ لأن فعله كان استيفاء وقت وجوده، فصار ذلك شبهةً.

رجل قتل وليه عمدًا فقطع الولي يد القاتل ثم عفا عن النفس

(رجل قتل وليه عمدًا، فقطع وليُّ القتيل يد القاتل، وقد قضىٰ له بالقصاص، أو لم يَقْضِ، ثم عفا عن النفس، وقد برأت اليد، كان على ولي القصاص أرش اليد في قول أبي حنيفة، والقياس: أن يجب القصاص.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء على وليِّ القصاص)؛ لأنه أتلف طرفًا من نفس غير معصومة في حقه، فلا يضمن، كما لو أتلف النفس.

ولأبي حنيفة: أنه لا حق له في الطرف مقصودًا، فإذا سقط حقه عن النفس، بقي الطرف مستوفًى بغير حق، فيضمَنُ.

شجَّ موضحة عمدًا فذهبت عيناه

(رجل شَجَّ رجلاً مُوْضِحَةً عمدًا، فذهبت عيناه، لا يجب القصاص في شيء من ذلك، وتجب دِيَةُ العَيْنَيْن، وأَرْش المُوْضِحَة.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: في المُوضِحة: القصاص)، وفي العينين: الدية.

قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع

(وإنْ قطع أصبع رجل من المفصل الأعلىٰ، فَشَلَّ ما بقي من الأصبع، لا يجب القصاص بلا خلاف)، ويجب أرش الأصبع، وكذا لو شلّت اليد، كان عليه أرش اليد، ولا قصاص عند الكل.

(وكذا إذا كسر نصف السِّنِّ، واسودَّ ما بقي)، يجب أرش السِّنِّ: خمسمائة، ولا يجب القصاص.

لهما: قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، فيجب القصاص في الشجَّة؛ ولأنه جنىٰ جنايتين في محلين مختلفين، فلا يتغيَّر حكم الأولىٰ بالثانية، كما لو قطع أصبع رجل ثم ضربه أخرىٰ، فشُلَّت يده، فإنه يجب القصاص في الأولىٰ، والأرش للثانية، وكذا لو رمىٰ سهمًا إلى إنسان، فنفذ منه وأصاب غيره، كان عليه القصاص للأول دون الثاني.

بخلاف ما لو كسر بعض السِّنِّ، واسودّ ما بقي، أو قطع الأصبع، فشلّ ما بقي؛ لأن الفعل واحد؛ لاتحاد المحل، واتحاد المحل باتحاد المقصود، ألا ترىٰ أن من قطع أصبع إنسان فلم يبرَأْ حتى قطع اليد، كان عليه دية اليد، ويدخل أرش الأصبع في أرش اليد، ويكون الكل جنايةً واحدةً، فإذا لم يجب القصاص في البعض، لا يجب في الباقي.

قطع أصبع رجل فسقطت أصبع أخرى بجنبها

أما هاهنا: محل الجناية مختلفٌ؛ ولهذا لو شجَّ رجلاً خطأً، فذهب سَمْعُه وبَصَرُه، كان عليه أرش المُوضِحة، ودية السَّمْع والبَصَر في ظاهر الرواية، ولا يدخل أرش المُوضِحة في دية السمع والبصر؛ لاختلاف المحل، كذلك هاهنا: وجوب الدية في العينين لا يمنع وجوب القصاص في المُوضِحة.

ولأبي حنيفة: أن هذا فعلٌ واحدٌ صورةً، حصل في محل واحد صورةً، وهو الرأس، ووجب المال باعتبار سرايته، فلا يجب القصاص، كما لو قطع أصبع رجل من المفصل الأعلىٰ، فشلّ ما بقي، أو شُلَّت اليد، وإذا لم يجب القصاص في المُوضِحة، كان عليه أرش المُوضِحة، ودية العينين؛ لأنَّ فَوات العينين ينفصل عن المُوضِحة، فلا يدخل ضمان أحدهما في الآخر.

وروىٰ ابن سماعة: أن عليه القصاص في المُوضِحة والعينين جميعًا، ووجهه: أنه جنىٰ جنايتين، فيُؤاخَذ بهما.

وفرق على هذه الرواية: بين هذه المسألة، وبين ما لو شجّه مُوضِحةً، فذهب سمعه، أو قدرته على الجماع، فإنه يجب القصاص في المُوضِحة خاصَّةً.

ووجه الفرق: أن ذهاب السمع، أو القدرة على الجماع، لو حصل بفعل مقصود، بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه، [أو بصره]، أو ضرب على ظهره حتى انقطع ماء صُلْبه، لا يجب القصاص؛ لتعذُّر اعتبار [حالة] المساواة، فكذا إذا ذهب بسراية المُوضِحة، بخلاف البصر، فإن ذهاب البصر لو كان بفعل مقصود، يجب القصاص، فكذلك بسراية المُوضِحة.

[٢٣٠/أ] ولو قطع أصبع رجل، فسقطت أصبع أخرىٰ بجنبها، عند أبي حنيفة: لا يجب القصاص، ويجب أرش الأصبعين، وعند أبي يوسف: يجب القصاص في الأصبع الأولىٰ، والأرش في الثانية، وقال محمد: يجب القصاص في الأصبعين.

لمحمد: أن السراية في حق الإضافة، بمنزلة المباشرة، ألا ترىٰ أن من قطع أصبع رجل، وسرىٰ إلى النفس، ومات، فإنه يُقتَل به، ويُجعَل مباشرًا بحكم السراية، فيُجعَل كأنه قطع أصبعين.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن كل واحد من الأصبعين مقصودةٌ، وإبانة أحدهما بفعل في الأخرىٰ، ليس بمعتاد، فكان بمنزلة الخاطئ والمتسبِّب في الثانية، فلا يجب القصاص في الثانية، بخلاف السراية إلى البدن؛ لأن إتلاف النفس يخرج في شيء منه معهودٌ ومتعارَفٌ، فلا يكون بمنزلة الخاطئ.

ضرب رجلاً مئة سوط وجرحته السياط وبرأ منها

(**رجل ضرب رجلاً مئة سوط، وجرحته السياط، وبرأ منها، عليه أرش الضرب**)، هذا إذا بقي أثر الضربة، فإن لم يبقَ، لا يجب شيء في قول أبي حنيفة، وعن أبي يوسف: أنه يجب فيه حكومةُ عدْلٍ، وعن محمد: يجب فيه ثمن الأدوية، وأجرة الطبيب، هذا إذا كانت جارحة، فإن لم تكن، لا يجب فيها شيء، وقد مرّت المسألة قبل هذا.

قَطَع ذَكر مولود على وجهين:

(**رجل قطع ذكر مولود، قال: فيه حكومة عدل**).

وهذه المسألة على وجهين: إما أن قطعه بعدما بدا صلاحه بالتحرُّك، أو قبل ذلك.

فإن قطعه بعد التحرُّك، فالمسألة على وجوه ثلاثة: إن قطع من الحشفة عمدًا، كان عليه القصاص باتفاق الروايات؛ لأنه أمكن اعتبار المماثلة بينهما، وإن كان خطأً، ففيه ديةٌ كاملةٌ؛ لأنَّه فوَّت جنس المنفعة، وهي منفعة الإيلاد.

وإن قطع دون الحشفة، بأن بقي شيء من الحشفة، لا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة بينهما، ويجب فيه حكومةُ عدل.

وإن قطع الذكر من أصله، إن كان خطأً، فيه ديةٌ كاملةٌ؛ لتفويت جنس المنفعة، وإن كان عمدًا، اختلفت الروايات فيه: روىٰ بِشْر عن أبي يوسف: أنه يجب فيه القصاص؛ لأنه يمكن اعتبار المماثلة فيه.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أنه لا قصاص فيه؛ لأن هذا العضو مما ينقبض وينبسط، فلا يمكن اعتبار المماثلة فيه عند الاستيفاء، فلا يجب القصاص، كما لو قطعه من نصفه، فإنه لا يجب القصاص عند الكل.

وعن محمد: الختّان إذا قطع الحشفة، إن مات من ذلك، كان عليه نصف الدية، وإن برأ، كان عليه كل الدية، أما إذا مات؛ فلأن الموت حصل بفعلين: بقطع الحشفة والجلدة، وأحدهما مأذونٌ فيه، والآخر لا، فيضمن نصف الدية، وإن عاش كان عليه كل الدية؛ لتفويت جنس المنفعة، هذا الذي ذكرنا إذا قطعه بعدما تَحَرَّكَ.

وإن قطعه قبل ذلك، كان فيه حكومة عدل؛ لأنه لم يظهر صلاح هذا العضو ومنفعته بالدليل، وإنما عُرِف بحكم الظاهر، وأنه لا يصلح للإلزام، فكان فيه حكومة العدل، كما في ذَكَر العِنِّيْنِ والخَصِيِّ، والسِّنِّ الشاغية.

في قطع لسان الصبي

(**وإن قطع لسان الصبي، إن كان قد اسْتَهَلَّ، ففيه حكومة عدل؛ لأنه لم يُعرَف صلاحه بالدليل، وإن تكلَّم، ففيه ديةٌ كاملةٌ**)، عشرة آلاف درهم؛ لأنه فوَّت جنس المنفعة.

ولم يذكر فيه القَوَد، فدل ذلك على أنه لا يجب القصاص في اللسان، قطع الكل أو البعض، وهكذا روي عن أبي حنيفة؛ لأنه ينقبض وينبسط، فلا يمكن الاستيفاء على وجه المماثلة؛ ولهذا لا يجب القصاص في نصفه.

في عين المولود

(**وفي عين المولود، حكومة العدل**)؛ لأنه لم يُعرَف سلامته بالدليل، فكان بمنزلة العين العَوْراء، واليد الشَّلَّاء، (**وإنْ كان قد أبصر، ففيه كل الدية إن كان خطأً، والقصاص إن كان عمدًا**)؛ لأنه أتلف عينًا[1] منتفعًا بها، يمكن اعتبار المماثلة فيه.

---

(١) في ب (عضوًا).

رجل كسر سِنّ رجل وأحدهما أكبر سِنًّا من الآخر

(**رجل كَسَرَ سِنَّ رجل، وأحدهما أكبر سنًّا من الآخر، فإنه يُقتَصُّ منه**)؛ لأنه يمكن اعتبار المماثلة فيه، بأن يقطع بالمِبْرَد، (**وكذا في قلع السن، وقطع اليد، وإن كانت إحداهما أكبر**)؛ لأن الله تعالىٰ أوجب القصاص في السِّنِّ والأنف من غير فصل، مع العلم بالتَّفاوت.

وذكر القدوري: في قلع السن، أنه يُؤخَذ بالمِبرَد إلى أن ينتهي إلى اللحم؛ كيلا يُؤدِّي إلى الزيادة، وفي «الزيادات» قال: تقلع.

قطع كف إنسان وفيها أصبع أو أصبعان

[٢٢٩/ب]

(**إذا قطع كف إنسان، وفيها أصبع أو أصبعان، قال أبو حنيفة: يجب أرش الأصبع، في الواحدة: عُشْرُ الدية، وفي الأصبعين: خُمْس الدية، ولا شيء في الكف.**

وقال أبو يوسف ومحمد: يُنظَر إلى أرش الأصبع وأرش الكف، وهو حكومة عدل، فيدخل الأقل في الأكثر).

لهما: أن هذا فعل واحد وجب بقضاءين، ولا يمكن [اتِّحادهما][(١)]؛ لاتحاد المنفعة، فيدخل الأقل في الأكثر، كمن شجّ رأس إنسان، فتناثر شعره، ينظر إلى أرش الشَّجَّة، وأرش ما تناثَر، ويدخل الأقل في الأكثر، فكذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن الأصابع أصلٌ في الضمان، والكف تبعٌ؛ لأن ضمان الأصبع منصوصٌ عليه، وضمان الكف لا؛ ولهذا لو قطع الأصابع بدون الكف، يجب نصف الدية، كما لو قطع الكف مع الأصابع، وكذا لو قطع كفًّا عليها ثلاثة أصابع، يلزمه ضمان الأصابع لا غير عند الكل، فما بقي شيء من الأصل، لا يعتبر التبع، حتى لو بقي مفصل، لا يلزمه ضمان الكف عنده، بخلاف الشَّجَّة والشعر؛ لأن أحدهما ليس بتبع للآخر، أما هاهنا بخلافه.

---

(١) في أ (إيجابهما)، والمثبت من ب.

وفي كسر عظم آخر سوىٰ السن، كالتَّرْقُوَةِ: حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه أرشٌ مقدَّرٌ.

في قطع الأنف من المارن عمدًا

وفي الأنف، إن قطع من المارِن عمدًا، يجب القصاص؛ لأنه يمكن اعتبار المماثلة فيه، وإن قطعه من نصف الأنف، لا يجب القصاص؛ لأنَّ له صلابة كصلابة العظم، فلا يمكن اعتبار المماثلة فيه.

في قطع الأذن

[وفي الأذن القصاص إذا قطعت عمدًا من أصلها؛ لأنَّه يمكن اعتبار المماثلة فيها، فإنها] لا تنقبض ولا تنبسط.

وإن قطع بعضها، لا يجب القصاص؛ لأنَّها لا مفصل فيها حتى يمكن اعتبار المماثلة فيها، فإن كان بحيث يمكن اعتبار المساواة فيها، يجب القصاص. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
جِنَايَةِ العَبْدِ وَالمُكَاتَبِ، وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِمَا

قال لعبده: إن قتلت فلانًا أو رميته فأنت حر

(**رجل قال لعبده : إن قتلت فلانًا ، أو رميته ، أو شججته ، فأنت حُرٌّ ، ففعل ذلك ، كان مولاه مختارًا للفداء**)، وقال زفر: لا يكون مختارًا للفداء، بل يصير مستهلكًا للرقبة ، فيضمن قيمته ؛ لأن العتق حصل بكلام وجد قبل الجناية ، فيكون مستهلكًا ، ولا يكون مختارًا للفداء، كرجل حفر بئرًا على قارعة الطريق، وله عبدٌ ، فقتل العبد رجلاً ، ثم وقع في البئر ومات ، فإن المولىٰ يصير مستهلكًا؛ لأنه تعذَّر عليه الدفع بفعل وجد قبل جناية العبد ، وهو حفر البئر ، كذلك هاهنا.

وإنا نقول: بأن المعلَّق بالشرط ، يصير إعتاقًا عند الشرط ، فصار كأنه أعتقه بعد الجناية مع العلم بالجناية ، بخلاف تلك المسألة ؛ لأن ثمّة صار مُتلِفًا بحفر البئر ، وأنَّه فعلٌ حِسِّيٌّ ، فلا يقدر موجودًا بعد الجناية ، فصار ممتنعًا عن الدفع بفعل وجد قبل الجناية ، فتلزمه قيمته.

قطع يد عبد عمدًا فأعتقه مولاه، ثم مات من تلك الجناية

(**رجل قطع يد عبد عمدًا ، فأعتقه مولاه ، ثم مات من تلك الجناية ، فإن كان للعبد وارث آخر سوىٰ المولىٰ ، لا يجب القصاص بالإجماع**) ؛ لاشتباه المستوفي ؛ لأنا إن نظرنا إلى وقت الجناية ، كان الاستيفاء للمولىٰ ؛ لحصول الجناية على ملكه ، وإن اعتبرنا حالة الموت ، كان الاستيفاء للوارث ؛ لأنه حُرٌّ وقت الموت ، وجهالة المستوفي تمنع القصاص ، كما لو باعه المولىٰ ثم مات عند المشتري ، كان على القاطع أرش اليد ، وتبطل السِّراية ، كذلك هاهنا.

ولا يمكن إقرار السراية عن الجناية؛ لأن قطع يد العبد لا يوجب القصاص، فتبطل الجناية ضرورةً.

(وإن لم يكن له وارثٌ سوىٰ المولىٰ، فللمولىٰ أن يقتل القاتل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: على القاطع أرش اليد، وهو نصف القيمة، وما انتقص بذلك إلى أنْ أعتقه؛ لأن هذا نقصان حصل بفعل مضمون، وتبطل السراية، فلا يقتل).

وجه قوله: أن سبب الولاية مختلفٌ؛ لأنَّا إنْ اعتبرنا حالة القطع، فالسبب هو الملك، وإن اعتبرنا حالة الموت، فالسبب هو الوَلاء، واختلاف السبب فيما لا تثبت مع الشبهات، كاختلاف المستحق، ألا ترىٰ أنه لو قال لغيره: زَوَّجْتُكَ أمتي هذه، وقال ذلك الغير: بل بِعْتَنِيْهَا، لا يحِلُّ له أن يطأها؛ لأنهما اختلفا في السبب وإنْ اتفقا على الحل، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنا تيقَّنَّا بولاية الاستيفاء للمولىٰ؛ لِمَا قلنا، والاختلاف في السبب فيما لا يفضي إلى المنازعة، لا يعتبر، كما لو قال لغيره: لك عليَّ ألفٌ من ثمن بيع، وقال المُقَرُّ له: لا بل من قرض، صَحَّ الإقرار، بخلاف تلك المسألة؛ لأن ثمة اختلفا في الملك؛ لأن النكاح يثبت الحِلَّ مقصودًا، والبيع لا يثبت، ولو أثبته لا يكون مقصودًا، وبخلاف جهالة المستوفِىٰ، هذا إذا كان القطع عمدًا. [٢٣١/أ]

فإن كان خطأً، فجوابهما كجواب محمد في الفصل الأول؛ لأن الإعتاق يقطع السراية في الخطأ؛ لجهالة المقضيِّ له والمقضيِّ به؛ لأنا إن اعتبرنا حالة الجناية، تجب القيمة للمولىٰ، وإن اعتبرنا حالة السراية، تجب الدية للمقتول، وجهالة المستحق تقطع السراية، فجهالتهما أولىٰ، بخلاف فصل العمد؛ لأن ثمة

الواجب في الحالين واحد: وهو القصاص، والمستحق واحد: وهو المقتول؛ لأن القصاص إنما يجب من حيث إنَّه آدمي، والعبد من حيث إنَّه آدمي، فبقي على أصل الحريَّة، إلَّا أن المولىٰ يستوفي بحكم الخلافة عن العبد، وإذا لم يكن له وارثٌ سوىٰ المولىٰ، كان المولىٰ متعيَّنًا للخلافة.

مكاتب قتل عمدًا وترك وفاءً ببدل الكتابة

(**مكاتب قُتِلَ عمدًا**[1]**، وترك وفاءً ببدل الكتابة، فإن كان له وارثٌ سوىٰ المولىٰ، لا يجب القصاص بالإجماع**)؛ لأنه يموت حرًّا عند البعض، عبدًا عن البعض، فتمكَّنت الجهالة في المستوفىٰ بقضية الخلاف، وتجب قيمة المكاتب؛ لأنه عبدٌ ما بقي عليه درهم؛ ولأنه لما مات حرًّا عند البعض، عبدًا عند البعض، وقع الشك في وجوب الزيادة على قيمته، فلا يجب؛ لأن المستوفىٰ مجهولٌ على ما ذكرنا.

(**وإن لم يكن له وارثٌ سوىٰ المولىٰ، وترك وفاءً، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يستوفي القصاص؛ لأن المستوفي واحد، وهو المولىٰ، وعلى قول محمد: تجب قيمة المكاتب، ولا يجب القصاص**)؛ لأنَّه اختلف سبب الولاية.

وإن قُتِلَ عاجزًا، يجب القصاص ويستوفيه المولىٰ بالأجماع وإن كان له وارثٌ سوىٰ المولىٰ؛ لأنه لمّا مات عاجزًا، عاد قِنًّا، فكانت الولاية للمولىٰ على كل حال.

أمة مأذونة استدانت ثم ولدت ولدًا

(**أَمَةٌ مأذونةٌ لها، استدانت، ثم ولدت ولدًا، فإنه تُباع الأم مع الولد في الدين، ولو جَنَتْ جنايةً ثم ولدت ولدًا، دفعت هي بالجناية دون الولد**).

---

(١) ولفظ الجامع (رجل قتل مكاتبًا عمدًا)، ص٥٠٦ (عالم الكتب)، وساقطة من نسخة (دار الباز).

والفرق: أن الدين واجبٌ عليها متعلِّقٌ برقبتها، فيتعلق بكل جزء من أجزائها، والولد من أجزائها بمنزلة الرهن والكتابة ونحو ذلك، أما موجب الجناية: الدفع، أو الفداء، وذلك على المولىٰ، ورقبتها خاليةٌ عن ذلك، وإنما تصير الجارية ملكًا لأولياء الجناية عند التسليم، وعند التسليم الولد منفصلٌ عنها، فلا يتعدىٰ إلى الولد.

مكاتب جنى جناية ثم عجز

(مكاتب جنىٰ جنايةً ثم عجز، يدفعه مولاه، أو يُفدِي، فإن قضىٰ القاضي بقيمته قبل العجز، يُباع فيه)، وقال زفر: يُباع في الفصلين، وهو قول أبي يوسف الأول، وقد مرّت المسألة في كتاب المكاتب من هذا الكتاب.

(عبدٌ لرجل زعَم رجلٌ آخرُ أن مولاه أعتقه، فقتل العبد وليًّا لذلك الرجل خطأً، فلا شيء على مولىٰ العبد)؛ لأنَّ وليَّ القتيل لِمَّا أَقَرَّ بحُريَّته، زعم أن موجب جنايته على العاقلة، فصار مبرأً لمولىٰ العبد عن الجناية، ولا يُصدَّق على العاقلة.

قال لعبدين له: أحدكما حُرٌّ، ثم شُجَّا فأوقع العتق على أحدهما

(رجل قال لعبدين له: أحدكما حُرٌّ، ثم شُجَّا فأوقع العتق على أحدهما، فأرشهما للمولىٰ)، ولا تجب الدية؛ لأن العتق المُبهَم بمنزلة المعلَّق بالبيان في حق المعين، والبيان إنشاءٌ من وجه، إظهارٌ من وجه، فيكون الظرف مبانًا على الرِّقِّ، فلا يظهر حكم الحرية في الظرف المُبان؛ فلهذا كان عليه أرش الرقيق للمولىٰ.

عبد أعتق وقال لرجل: قتلتُ أخاك خطأً وأنا عبدٌ قال: لا بل قتلته عمدًا

(عبد أُعتِق، فقال لرجل: قتلتُ أخاك خطأً وأنا عبدٌ، وقال ذلك الرجل: لا بل قتلته بعد الحرية، فالقول: قول العبد)؛ لأنَّه أضاف القتل إلى حالةٍ معهودةٍ تُنافي وجوب الضمان عليه؛ لأن موجب قتل الخطأ يكون على المولىٰ، يُخاطَب بالدفع أو الفداء، فكان العبد منكرًا للضمان أصلاً، فكان القول قوله.

(رجل أعتق أمته ثم قال لها : قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت : قطعتها وأنا حرة ، فالقول قولها ، وقال محمد وزفر : القول قول المولىٰ ، وكذلك فيما أخذ منها ، إلَّا الوطء والغَلَّة ، فإن القول قول المولىٰ بالإجماع .

وأجمعوا : على أنه لو أخذ منها شيئًا ، والمأخوذ قائم في يده ، واختلفا في وقته ، على هذا الوجه : يُرَدُّ ذلك عليها).

وجه قول محمد وزفر: أن المولىٰ أضاف الفعل إلى حالةٍ معهودةٍ تُنافي وجوب الضمان عليه، فكان منكرًا للضمان أصلاً، فيكون القول قوله في ذلك، كما في الوطء والغلة، بخلاف القائم؛ لأن المولىٰ لَمَّا أَقَرَّ بالأخذ فقد أقر له باليد، وادّعىٰ الملك لنفسه، فلا يصدق.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنه أقر على نفسه بسبب الضمان: وهو الأخذ والقطع، وما أضاف إلى حالةٍ معهودةٍ تُنافي [الضمان؛ لأنَّ ملك اليمين لا تنافي] وجوب الضمان، ألا ترىٰ أن العبد لو كان مديونًا، فقطع المولىٰ يده، أو أخذ شيئًا من أكسابه، كان ضامنًا، بخلاف الوطء؛ لأن [٢٣٠/ب] المولىٰ لا يضمن العُقْر بوطء أمته وإنْ كانت مديونةً؛ لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنفعة البُضْع، فكان ذلك إنكارًا للضمان، وكذلك أخذ الغلة، فإن المولىٰ إذا ضرب على عبده المأذون غلَّةً، وأخذها منه، لا يضمن، فكان منكرًا للضمان.

ولو قال لحربي أسلم: قطعتُ يدك وأخذتُ مالك حال ما كنتَ حربيًّا، وقال المُقَرُّ له: لا بل فعلت ذلك بعد الإسلام، فهو على الخلاف أيضًا، على قول محمد وزفر: القول فيه: قول المُقِرّ، ولا يضمَن، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول فيه: قول المُقَرِّ له، ويضمَن.

عبد قطع يد رجل عمدًا فدفعه المولى، فأعتقه المقطوعة يده، ومات

(عبد قطع يد رجل عمدًا، فدفعه المولىٰ بقضاء، أو بغير قضاء، فأعتقه المقطوعة يده، ثم مات من القطع، فالعبد صلحٌ بالجناية، وإن كان لم يُعتِقه، ردّه على المولىٰ، ويُقال لأولياء القتيل: اقتلوه، أو اعفو عنه)؛ لأنَّه دفع بالقطع وأرش اليد، وبالسراية تبيَّن أن الواجب هو القصاص، فينبغي أن يبطل الدفع في قول أبي حنيفة، إلَّا أن المقطوعة يده لَمَّا أعتقه مع علمه أنه لو سرىٰ يبطل الدفع والإعتاق، فقد رضي بوقوع الدفع عن الجناية وما يحدُث منها؛ صيانةً لتصرُّفه عن البطلان، ومولىٰ العبد لَمَّا رضي بدفع العبد عن أقل الجنايتين، كان أرضىٰ بدفعه عن أكثرهما.

الإعتاق يبطل حق الدفع، وحق البيع

أما إذا لم يُعتِقه؛ لأنه لا ضرورة إلى أن يُجعَل العبد دفعًا[1] بالجناية، فبقي الدفع بالقطع، وإذا سرىٰ ظهر أنه دفع عن غير حقه، فيبطل، وكان لأولياء القتيل أن يقتلوه، فلا يصير ذلك شبهةً، بخلاف ما إذا عفا عن اليد، ثم سرىٰ إلى النفس، حيث لا يجب القصاص؛ لأن العفو إبطالٌ لحكم الجناية، فيصير شبهةً في القصاص.

أمَّا الدفع بالجناية، لا يبطل الجناية، بل هو تغريرٌ لموجب الجناية، فلا يصير شبهةً.

(مكاتب قتل عبده عمدًا، لا قَوَدَ عليه)؛ لأن كسب المكاتب مملوكٌ له من وجه، فلو وجب القصاص، يجب له على نفسه.

عبد محجور عليه أمر صبيًا حرًّا بقتل رجل، ففعل

(عبدٌ محجورٌ عليه، أمر صبيًّا حرًّا ليقتل رجلاً، ففعل، فالدية على عاقلة الصبي، ولا شيء على الآمر، وكذا لو كان الآمر صبيًّا حرًّا، وكذا لو كان المأمور عبدًا محجورًا عليه)، كانت الدية على مولىٰ القاتل إذا اختار الفداء، ولا يجب على الآمر شيءٌ؛ لأن أمر العبد والصبي لا يعتبر، كما لا يعتبر إقرارهما وكفالتهما.

---

(١) في ب (صلحًا).

إلَّا أنَّ أمر الصبي باطلٌ أصلاً، لا يُؤاخَذ به، لا للحال ولا بعد البلوغ؛ لأن بطلان أمره أعدَم أهليتَه، فلا يظهر أصلاً.

وأمر العبد صحيحٌ في حق نفسه، يُؤاخَذ به بعد العتق؛ لأنه من أهل التصرُّف، إلَّا أنه منع لحق المولى، فإذا زال حق المولىٰ، يُؤاخَذ به، فإذا أعتق الآمر يرجع عليه مولىٰ القاتل بالأقل من الفداء ومن قيمة القاتل؛ لِمَا قلنا: إنَّه صح أمره في حق نفسه، فصار مستعملاً للعبد، وإنما يرجع بالأقل؛ لأن الزيادة لزمته باختياره، فلا يرجع بها على غيره.

(عبدٌ مأذونٌ له عليه ألف درهم، جنىٰ جنايةً، فأعتقه المولىٰ، ولم يعلم بالجناية، كان عليه قيمتان: قيمةٌ لأولياء الجناية، وقيمةٌ لأرباب الدين)؛ لأنه بالإعتاق أبطل حق الدفع على أولياء الجناية، وحق البيع على صاحب الدين مع إمكان الجمع بين الحقَّين: بأنْ يدفع بالجناية، ثم يُباع في الدين، فيضمَن حقهما.

عبد قتل رجلين عمدًا لكل واحد وليان فعفا أحد وليي كلٍّ

(عبدٌ قتل رجلين عمدًا، لكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليي كل واحد منهما، دفع المولىٰ نصفه إلى الآخرين إن شاء، وإن شاء فداه بعشرة آلاف)؛ لأنَّ العبد كان مستحق الدفع إلى أولياء القتيلين أرباعًا، وبالعفو سقط رُبُعان، وبقي رُبُعان، وذلك نصفه، والفداء كان بعشرين ألفًا، لكل واحد خمسة آلاف، فسقط نصيب العافين عشرة آلاف، وبقي نصيب الآخرين عشرة آلاف؛ فلهذا قال: يدفع نصفه، أو يُفدِي بعشرة آلاف.

(رجل فقأ عَينَيْ عبد إنسان، فبرأ، خُيِّر المولىٰ: إن شاء دفع المفقوءة عيناه إلى الفاقئ ويُضَمِّنُهُ كل القيمة، وإن شاء أمسك الجُثَّة ولا شيء له.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن شاء دفع العبد وضمَّنه كل القيمة، وإن شاء أمسك الجُثَّة، وضَمَّنه نقصان العمىٰ).

لهما: أن الجُثَّة صارت هالكةً من وجه؛ لفوات العينين، فإن شاء مال إلى جانب القيام، وضمَّنه النقصان، ويُمسِك الجُثَّة، وإن شاء مال إلى جانب [٢٣٢/أ] الهلاك ويدفع العبد ويُضَمِّنُه جميع القيمة، كمن خرق ثوب إنسان حرقًا فاحشًا، يُخَيَّر صاحب الثوب: إن شاء دفع الثوب وضمَّنه جميع القيمة، وإن شاء أمسك الثوب ويُضمِّنه النقصان.

وكذا لو فقأ عينَي مدبَّر، كان لمولاه أن يُضمِّنه نقصان العمي.

ولأبي حنيفة: أن نقصان العينين مقدَّرٌ بجميع القيمة؛ ولهذا لو كان حرًّا يَضْمَن جميع الدية، ووجوب كل القيمة فيما يحتمل النقل من ملك إلى ملك، يمنع بقاء المُبدَّل على ملكه، بخلاف الثوب والمدبَّر، وتمامه يعرف في «المختلف».

عبد قتل رجلاً خطأً وآخر عمدًا وللمقتول عمدًا وليان

(عبدٌ قتل رجلاً خطأً، ورجلاً عمدًا، وللمقتول عمدًا وليان، فعفا أحدهما، يُقال لمولىٰ العبد: ادفع العبد إليهما، أو افْدِه، فإن اختار الفداء، فَدَاه بخمسة عشر ألفًا، عشرة آلاف لولي الخطأ، وخمسة آلاف للساكت من وليَّي العمد)؛ لأن حق الولي الخطأ في كل الدية، وحق الساكت من وليَّي العمد في نصف الدية، فيُفدِيه بخمسة عشر ألفًا على الوجه الذي ذكرنا في قولهم.

(وإن اختار الدفع، دفعه إليهما أثلاثًا: ثُلُثاه لولي الخطأ، وثُلُثه للساكت من وليّي العمد.

وقال أبو يوسف ومحمد: أرباعًا، ثلاثة أرباعه لوليِّ الخطأ، ورُبُعه للساكت من وليَّي العمد).

لهما: أن حق وليَّي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما، بطل حقه، ودفع النصف، فيتعلَّق حق وليِّ الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر، واستوت منازعةُ وليِّ الخطأ والساكت من وليَّي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعًا، كفضولي باع عبد إنسان، وفضولي آخر باع نصفه، فأجاز المولىٰ البيعين، كان العبد بين المشتريين أرباعًا.

ولأبي حنيفة: أن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العافي في خمسة آلاف، فيضرب كل واحد منهما بحقه، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم: ألف لرجل، وألفان لآخر، مات المديون وترك ألفًا، كانت التركة بين صاحبَي الدين أثلاثًا بطريق العَوْل والمضاربة، ثُلُثاها لصاحب الألفين، وثُلُثها لصاحب الألف، كذلك هنا.

ومن هذا الجنس مسائل: بعضها يُقسَّم بطريق العَوْل والمضاربة اتفاقًا، وبعضها يُقسَّم بطريق المنازعة اتفاقًا، وبعضها يُقسَّم بطريق العَوْل والمضاربة عند أبي حنيفة، وعندهما: بطريق المنازعة، وبعضها على العكس.

وجملتها مذكورة في المأذون والدعوىٰ: أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة، كالغريمين في التركة ونحوها، كانت القسمة بطريق العَوْل والمضاربة؛ لأنه لا تضايُق في الذِّمَّة، فيثبت حق كل واحد على وجه الكمال، فيُضرَب بجميع حقه.

أما إذا وجبت قسمة العين ابتداءً، لا بسبب دين في الذمة، كما في مسألة بيع الفضولي ونحوها، كانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداءً، لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة؛ لأن العين الواحدة تَضِيْقُ عن الحقين على وجه الكمال، فكانت القسمة بطريق المنازعة.

عبد بين رجلين، قتل مولى لهما، فعفا أحدهما

(عبدٌ بين رجلين، قتل مولىٰ لهما، فعفا أحدهما، بطل الكل، وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع العافي نصف نصيبه إلى الذي لم يَعْفُ، أو يُفدِيه برُبُع الدية).

وقوله: مولىٰ لهما، أي: قريبًا لهما، قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم: ٥]، أي: الأقارب، ويحتمل أنه أراد به: عبدًا أعتقاه.

لهما: أن حق كل واحد من المولَيَيْن في نصف القصاص سائغٌ، نصف ذلك النصف في ملكه، ونصفه في ملك شريكه، فإذا عفا أحدهما، سقط نصف القصاص لا إلى بدل، بقي النصف الآخر، فنصف هذا النصف في ملك الساكت، فلم ينقلب مالاً؛ لأن المولىٰ لا يستوجب على عبده دينًا، ونصف هذا النصف وهو الرُّبُع في ملك شريكه، فانقلب مالاً، فيدفَع نصف نصيبه وهو الرُّبُع، أو يفدِيه برُبُع الدية.

ولأبي حنيفة: أن نصيب العافي قد سقط، ونصيب الآخر وهو النصف محتمل: يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه، فينقلب كل هذا النصف مالاً، ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه، فيبطل أصلاً، ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه، ونصفه في ملك العافي، فينقلب نصف هذا النصف مالاً، وهو الرُّبُع، فلما احتمل هذا واحتمل ذلك، لا ينقلب مالاً بالشك؛ لأن المال لا يجب بالشك والاحتمال.

[٢٣١/ب]

قتل عبدًا خطأً قيمته عشرون ألفًا

(رجل قتل عبدًا أو أمةً، قيمته عشرون ألفًا، خطأً، كان على عاقلته في العبد: عشرة آلاف درهم إلَّا عشرة، وفي الجارية: خمسة آلاف إلَّا عشرة دراهم).

وإن غصب جاريةً قيمتها عشرون ألفًا، فهلكت في يده، ضمن عشرين ألفًا.

(وقال أبو يوسف في فصل القتل أيضًا: تجب قيمته بالغة ما بلغت)، وهو قول الشافعي؛ وهذا بناءً على أن الواجب بقتل العبد خطأً، ضمان المال أم ضمان النفس؟ فأبو يوسف والشافعي رجّحا جانب المالية، فقالا: لو جعلنا الواجب بمقابلة المال، كان فيه تحقيق المماثلة، ولو جعلناه بمقابلة النفس،

لم يكن فيه تحقيق المماثلة؛ لأن المال وإنْ كثُر، لا يُماثل النفس، واعتبار المماثلة في ضمان العدديات واجبٌ، فجعلناه ضمان المال، فتجب قيمته بالغةً ما بلغت، كما في فصل الغصب.

وأبو حنيفة ومحمد رجّحا جانب النفسية، وقالا: النفس أعظم خطرًا من المال، فكان إيجاب الضمان بمقابلته أولىٰ، ثم ضمان الحُرِّ لا يزاد على عشرة آلاف، فضمان العبد وهو دون الحُرّ أولىٰ، بخلاف الغصب؛ لأن هناك الواجب ضمان المال؛ لأن العبد في حكم الغصب، أُلحِق بغير الآدمي، فيضمَن قيمتَه ما بلغت.

إذا ثبت أنه لا وجه للزيادة على دية الحر، يجب التنقيص عن دية الحر؛ إظهارًا لانحطاط رُتْبته، ثم في ظاهر الرواية: تنقص عشرة دراهم في العبد والأمة؛ ليكون النقصان بما له خطرٌ في الشرع.

وفي رواية: في الأمة: تنقص خمسة دراهم عن دية الحر؛ لأنه لما تنصَّف الواجب يتنصَّف النقصان.

ثم عند أبي حنيفة ومحمد: يكون ذلك على عاقلة القاتل؛ لأنه ضمان النفس، وعلى قول أبي يوسف والشافعي: لا يكون على العاقلة؛ لأنه ضمان المال، هذا إذا كانت قيمة المقتول أكثر من عشرة آلاف.

فإن كانت أقل من عشرة آلاف، تجب قيمته، والعذر لأبي حنيفة ومحمد: أن الواجب ضمان النفس، لكنه مقدَّرٌ بماليته، والتقدير بماليته ممكن؛ لأن لا يُؤدِّي إلى التسوية بين الكامل والناقص، فأما إذا كانت قيمته أكثر من دية الحر، لو قُدِّر بالضمان بماليته، يُؤدِّي إلى ما قلنا، [فلم يُقدَّر. والله تعالىٰ أعلم].

بَابٌ
فِي غَصْبِ العَبْدِ وَالمُدَبَّرِ، وَالجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ

قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده بالسراية

(رجل قطع يد عبده، ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع، فعليه قيمته أقطعَ، وإن غصبه وهو صحيحٌ، فقطع المولىٰ يده في يد الغاصب، ومات من القطع عند الغاصب، فلا شيء على الغاصب).

عَلَّل بعضهم: بأن الغصب من أسباب الملك؛ لما عُرِف من مذهبنا: أن المضمونات تُملَك عند أداء الضمان، فإذا تخلَّل الغصب بين الجناية والسراية، تنقطع السراية، كما لو تخلَّل بينهما بيعٌ، وإذا انقطعت السراية، صار كأنه غصب عبدًا أقطعَ، ومات عنده لا من القطع.

فأما إذا قطع المولىٰ يده عند الغاصب، صار مستردًّا للعبد ضرورةَ الاستيلاء عليه عند القطع، ألا ترىٰ أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض، يصير قابضًا، وبعد الاسترداد لم يُوجد ما يقطع السراية، فيبرأ الغاصب عن الضمان.

إلَّا أن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاءٍ أو رضًا؛ لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدُّل الملك، وإنما يتبدَّل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أما قبله، فلا نصَّ عليه في آخر رهن «الجامع»، والباب الثاني من جناياته.

إلا أنه إنما ضمن الغاصب قيمة العبد أقطعَ؛ لأن السراية وإن لم تنقطع، فالغصب وَرَدَ على مالٍ متقوِّمٍ، فانعقد سبب الضمان، فلا يبرَأُ عنه الغاصب، إلَّا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتةٌ على المغصوب حقيقةً وحكمًا، ويد المولىٰ باعتبار السراية تثبت عليه حكمًا لا حقيقةً؛ لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقةً، والثابت حكمًا دون الثابت حقيقةً وحكمًا، فلم يرتفع الغصب بانضياف السراية إلى فعل المولىٰ، فتقرَّر عليه الضمان، بخلاف ما لو جنىٰ عليه بعد الغصب.

عبد محجور عليه غصب عبدًا مثله، فمات عنده

(عبدٌ محجورٌ عليه، غصب عبدًا محجورًا عليه مثله، فمات عنده، ضمن)؛ لأن المحجور يُؤاخَذ بأفعاله إنْ كان لا يؤاخذ بأقواله.

[٢٣٣/أ]

غصب عبدًا، فقتل العبد عنده رجلاً خطأً فرده الغاصب إلى مولاه

(رجل غصب عبدًا، فقتل العبد عنده رجلاً خطأً، فردَّه الغاصب إلى مولاه، فقتل عند المولىٰ آخر خطأً، فدفعه المولىٰ إلى أولياء الجنايتين، فإنه يرجع على الغاصب بنصف قيمته، ويدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولىٰ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة مرةً أخرىٰ، ويَسْلَم ذلك له).

وقال محمد وزفر: ما أخذ المولىٰ من الغاصب في المرة الأولىٰ بعد دفع العبد، سَلِم له، ولا يدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولىٰ.

اغتصب عبدًا، قتل عند مولاه رجلاً خطأً وكذا عند الغاصب

(ولو اغتصب عبدًا، قتل عند مولاه رجلاً خطأً، فقتل عند الغاصب رجلاً خطأً، ثم ردَّه الغاصب على مولاه، وأن المولىٰ يدفعه بالجنايتين، ويرجع على الغاصب بنصف القيمة، ويدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولىٰ في قولهم جميعًا، ثم لا يرجع على الغاصب بعد ذلك بشيء).

أمَّا الكلام في المسألة الأولىٰ: وهي ما إذا كانت الأولىٰ عند الغاصب، لمحمد وزفر: نصف القيمة الذي أخذ المولىٰ من الغاصب، بدلٌ عما دفع المولىٰ إلى ولي الجناية الأولىٰ، وهو نصف العبد؛ لأن المولىٰ إنما يرجع على الغاصب بما يستحق عليه من عبده بجنايةٍ أحدثها العبد عند الغاصب، وقد سلَّم لولي الجناية نصف العبد، فلو دفع إليه المولىٰ نصف القيمة أيضًا، وأنه بدلٌ عن نصف العبد، أدىٰ إلى الجمع بين البدل والمبدَّل بسبب واحد في ملك واحد، وذلك محالٌ.

بخلاف ما إذا كانت الجناية الأولىٰ عند المولىٰ، فإن ثمّة ما أخذ المولىٰ من الغاصب، بدلٌ عمَّا دفع إلى وليِّ الجناية الثانية؛ لأن الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الأولىٰ، فلو دفع ذلك إلى وليِّ الجناية الأولىٰ، لا يُؤدِّي إلى الجمع بين البدل والمبدَّل، فيدفع؛ لأن حق ولي الجناية الأولىٰ كان في كل العبد؛ لأن العبد كان فارغًا وقت الجناية الأولىٰ، فتعلق حق ولي الجناية بجميعه، ولم يَصِلْ إليه إلَّا نصف العبد، فإذا وجد شيئًا من بدل العبد، كان له أن يأخذ.

بخلاف المسألة الأولىٰ، فإن ثمّة حقّ ولي الجناية الأولىٰ، كان أيضًا في كل العبد، إلَّا أن المأخوذ من الغاصب بدلٌ عن المدفوع بالجناية الأولىٰ؛ لأن الجناية الأولىٰ كانت عند الغاصب، فلو دفع إليه نصف القيمة الذي أخذ من الغاصب، أدّىٰ إلى الجمع بين البدل والمبدَّل، فلا يدفع؛ لمكان التعذُّر.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن حق ولي الجناية الأولىٰ، كان في كل العبد؛ ولهذا لو لم تكن الجناية الثانية، يدفع إليه كل العبد، ولم يصل إليه إلَّا نصف العبد، فإذا وجد في يد المولىٰ شيئًا من بدل العبد فارغًا عن حق الغير، كان له أن يأخذ، كما لو وجد شيئًا من عين العبد.

وما قال من الجمع بين البدل والمبدل، قلنا: ما أخذ المولىٰ من الغاصب بدلٌ عن المدفوع إلى وليِّ الجناية الأولىٰ فيما بين المولىٰ والغاصب، أما في حق وليِّ الجناية الأولىٰ، لا يعتبر بدلاً عن العبد، بل يعتبر بدلاً عن المقتول، ويجوز أن يكون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق إنسان، ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره، كالنصراني إذا باع الخمر وقضىٰ بثمنه دين المسلم، يجوز، ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني، وبدل الدين في حق المسلم، كذلك هاهنا.

فإذا كان من مذهب أبي حنيفة أبي يوسف: أن يأخذ ولي الجناية الأولىٰ نصف القيمة من المولىٰ تتميمًا لحقه، كان للمولىٰ أن يرجع على الغاصب مرّة أخرىٰ بنصف القيمة؛ لأن ما أخذ من الغاصب في المرة الأولىٰ، استحق من يده بسبب كان في ضمان الغاصب، فصار كأن لم يَكُنْ، فيرجع على الغاصب مرّة أخرىٰ بنصف القيمة عوضًا عن نصف العبد، ويَسلَم له.

ولا يدفع إلى ولي الجناية الثانية شيئًا مما أخذ من الغاصب في قولهم جميعًا؛ لأن العبد حين قتل الثاني، كان مشغولاً بالجناية الأولىٰ، فلم يتعلق حق ولي الجناية الثانية إلَّا بنصف العبد، وقد سَلِمَ له نصف العبد.

غصب مدبرًا، فجنى عنده جناية، ثم ردّه على مولاه، فجنى جناية أخرى

(رجل غصب مدَّبرًا، فجنىٰ عنده جنايةً، ثم ردّه على مولاه، فجنىٰ عنده جنايةً أخرىٰ، فعلىٰ المولىٰ قيمته لوليِّ الجنايتَيْن، يكون بينهما نصفين، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فيدفع إلى وليَّ الجناية الأولىٰ، ثم يرجع على الغاصب مرة أخرىٰ بنصف القيمة، فيَسْلَم له).

وهذا بناءً على أن جناية المدبَّر توجب القيمة على المولىٰ؛ لأن المولىٰ بالتدبير السابق، صار مانعًا عن الدفع على وجه لم يَصِرْ مختارًا للفداء؛ لانعدام العلم وقت التدبير بجناية تحدُث في المستقبل، فكان مُبطِلاً حقهم في الدفع، فتلزمه القيمة، ولا تلزمه إلَّا قيمة واحدة وإن كثرت الجنايات؛ لأنه لم يمنع [إلَّا] عبدًا واحدًا.

[٢٣٢/ب] فإذا جنىٰ جنايتين في مسألتنا: تلزمه قيمة بينهما؛ لأن العبد لو كان محلاً للدفع، لَدفعه إليهما، فإذا لم يكن محلاً للدفع، يضمَن قيمةً واحدةً لهما، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة؛ لأنه دفع نصف القيمة إلى ولي الجناية الأولىٰ [بجناية]، كانت عند الغاصب، فيرجع عليه بذلك.

وإذا رجع على الغاصب بنصف القيمة، يدفعه إلى ولي الجناية الأولىٰ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد وزفر: ما أخذ من الغاصب يَسْلَم له، ولا يدفع إلى ولي الجناية الأولىٰ، ولا يرجع على الغاصب مرةً أخرىٰ بشيء؛ لأن دفع قيمة المدبَّر إلى ولي الجنايتين، بمنزلة دفع العبد لو كان محلاً للدفع، وقد ذكرنا الخلاف ثمّة، ووجه القولين، كذلك هاهنا، هذا إذا كانت الجناية الأولىٰ عند الغاصب.

فإن كانت الجناية الأولىٰ عند المولىٰ، بأن قتل رجلاً خطأً عند المولىٰ، ثم غصبه غاصبٌ، فقتل رجلاً آخر عند الغاصب، كان على المولىٰ أن يدفع قيمةً واحدةً إلى وليِّ الجنايتين، وهذه ومسألة العبد سواء، فالقيمة هاهنا بمنزلة العبد فيما تقدَّم.

(رجل غصب مدبَّرًا، فجنىٰ عنده، فردَّه على مولاه، ثم غصبه ثانيًا، فجنىٰ عنده جنايةً أخرىٰ، فعلى المولىٰ قيمته لولي الجنايتين؛ لِمَا قلنا، ثم يرجع على الغاصب بقيمته، فيدفع نصفها إلى ولي الجناية الأولىٰ، ثم يرجع بذلك النصف ثانيًا على الغاصب، فيسلَم له).

أما يدفع المولىٰ قيمته إليهما؛ لِمَا قلنا، ويرجع على الغاصب بقيمته؛ لأنَّها وجبت على المولىٰ بسبب كان في ضمان الغاصب، ويدفع نصف ما أخذ من الغاصب إلى ولي الجناية الأولىٰ؛ لأن حقه في جميع القيمة، وبحكم المزاحمة، لم يصل إليه إلَّا النصف، فإذا وجد [في يد] المولىٰ شيئًا من قيمة المدبَّر فارغًا عن المُزاحمة، يأخذه.

والفرق لمحمد بين هذا وبينما لو كانت الجناية الثانية عند المولىٰ: أن هنا نصف القيمة الذي يدفعه المولىٰ إلى ولي الجناية الأولىٰ في المرة الثانية، بدلٌ عمّا أخذه ولي الجناية الثانية، فلا يجتمع البدل والمبدَّل في الأول، بخلاف ما مرّ.

ثم يرجع المولىٰ بذلك على الغاصب؛ لما مرّ، فيسلَم له؛ لأنه وصل إلى الجناية الأولىٰ كل القيمة، وحق ولي الجناية الثانية لم يكن إلَّا في النصف، وقد سلم له نصف القيمة.

وفائدة تخلُّل الرَّدِّ على المالك بين الجنايتين، تعدُّد الغصب، يتعدد الضمان على الغاصب؛ لأن الواجب على الغاصب ضمان الغصب؛ لأنه لم يرُدَّ المغصوب كما غصبه، فلم يصح رَدُّه، فيتقرَّر عليه ضمان الغصب، لا أن يكون الواجب عليه ضمان جناية؛ ولهذا لو تعدَّد عليه جنايات المدبَّر، لا تجب إلَّا قيمةٌ واحدةٌ، وإذا كان الواجب عليه ضمان الغصب، فتعدَّده يستدعي بعدد الغصب حقيقةً. ينظر في باب قبض المسلم من «الكفاية».

غصب صبيًّا حرًّا فمات في يده بحمّى

(**رجل غصب صبيًّا حرًّا، فمات في يده بحمّىٰ أو فَجْأَةً، لا شيء عليه، وإن مات من صاعقة أو نَهَشَتْه حيَّةٌ، فعلى عاقلة الغاصب ديته**).

وقال زفر: لا تجب، وهو قول الشافعي[1].

لهما: أن الحُرَّ [لا] يُضمَن بالغصب، ولم يُوجَد منه إلَّا الغصب، فلا يجب الضمان، كما لو مات بحمّىٰ أو فَجْأَةً.

ولنا: أنه سببٌ لقتله؛ لأن هذه أسباب تتحرَّز عنها الوليّ عادةً، والولي يحفظ الصبي عن هذه الآفات، فكان الغاصب بإزالة يد الحافظ، والتقريب من هذه الأسباب، والنقل إلى المَسْبَعَة، ومكان الصواعق، مسبِّبًا لهلاكه، وهو مُتَعَدٍّ في هذا التسبُّب، فيضمَن.

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٨٦.

بخلاف ما إذا مات بحمّىٰ أو فَجْأَةً؛ لأن الميتة لا مَدْفَعَ لها، يدركه في كل مكان، حتى قالوا: لو نقله إلى مكان هو مخصوص بالحمّىٰ والأمراض، يكون ضامنًا.

وإن غرق في ماء، أو احترق في نار، أو سقط من سطح، وما أشبه ذلك، فهي من الصواعق.

صبي محجور عليه وهو يعقل أودع عبدًا، فقتله

(صبيٌ محجور عليه، وهو يعقل، أودع عبدًا، فقتله، كان على عاقلته القيمة.

وإن أودع طعامًا فأكله، لا يضمن)[١]، وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن[٢].

وعلى هذا الخلاف: إذا أقرضه شيئًا وسلَّمه إليه، أو باع منه شيئًا وسلَّمه إليه، أو استهلكه، وهذا إذا كان عاقلاً، فإن لم يكن، لا يضمن في قولهم.

لأبي يوسف والشافعي: أنا تيقَّنَّا بسبب الضمان؛ لأن الإيداع لو صح، يضمن بترك الحفظ، كما لو كان مأذونًا، ولو لم يصح، يلتحق بالعدم، فيضمن كما لو استهلكه قبل الإيداع، ولهذا لو كانت الوديعة عبدًا، يضمن.

ولأبي حنيفة ومحمد: أنه سلَّطه على الاستهلاك، حيث قرّبه إليه، ورفع الموانع، فلا يضمن، بخلاف ما قبل الإيداع؛ لأنه لم يوجد التسليط، بخلاف ما إذا كان مأذونًا؛ لأنَّ المأذون يتحرَّز عمّا يرتفع به اعتماد الناس عليه، فلم يكن الإيداع منه تسليطًا على الاستهلاك، وبخلاف العبد؛ لأن للعبد رَقَبَانِيٌّ، مثله لا ينقاد له حتى يقتله، فلم يكن إيداعه تسليطًا على الاستهلاك، وعمد الصبي وخطؤه سواء، فكانت الدية على عاقلته. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في الجامع زيادة (وإن استهلك مالاً قبل الإيداع، يضمن)، وإن جاءت المسألة في الشرح بعد ذلك مضمنًا.

(٢) انظر: مغني المحتاج ١٠٣/٣.

بَابُ
الرَّجُلِ يُشْهِرُ السِّلاحَ، واللِّصُّ يَدْخُلُ الدَّارَ فَيأْخُذُ المَتَاعَ

رجل شهر على المسلمين سيفًا

(**رجل شهر على المسلمين سيفًا، كان عليهم أن يقتلوه، ولا شيء عليهم؛ لأنه صار حربًا عليهم، بمنزلة الباغي، فتبطل عصمته**)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِ**﴾ [الحجرات: ٩]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**من شهر على المسلمين سلاحًا، فقد أطل دمه**»[١]، أي: أهْدَر.

وإنَّما قال: عليهم أن يقتلوه؛ لأن دفعَ الشَّرِّ واجبٌ.

دخل على رجل ليلاً وأخرج السرقة، فتبعه صاحب المال وقتله

(**رجل دخل على رجل ليلاً، وأخرج السرقة، فأتبعه صاحب المال وقتله، لا شيء عليه**)؛ لأن القتال لأجل المال مشروعٌ، قال عليه الصلاة والسلام: [٢٣٤/أ] «**قاتل دون مالك، حتى تمنع مالك، أو تكون من شهداء الآخرة**»[٢]، هذا إذا لم يمكنه استعادة المال إلَّا بالقتل.

---

(١) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ، وأخرج النسائي في سننه في تحريم الدم عن ابن الزبير، قال: قال رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلم: (من شهر سيفه ثم وضعه، فدمه هَدَرٌ)، وكذلك رواه إسحاق بن راهويه في مسنده، والطبراني في معجمه مع زيادة، وأخرج النسائي موقوفًا ...، وقال عبد الحق: وقد روي موقوفًا، والذي أسنده ثقة»، نصب الراية ٣٤٧/٤.

(٢) الحديث رواه إسحاق بن راهويه في مسنده (مطوَّلاً)، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث مرفوعًا، ورواه الثوري وحماد عن سماك، عن قابوس، مرسلاً، لم يقولا: عن أبيه، والمسند أصح»، نصب الراية ٣٤٩/٤. وفي الصحيحين بلفظ: (من قتل دون ماله، فهو شهيد)، البخاري (٢٣٤٨)؛ ومسلم (١٤١).

أما إذا علم أنه لو صاح به، يترك المال ويذهب، فقتله، ولم يفعل كذلك، كان عليه القصاص؛ لأنه قتله بغير حق، وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب، كان عليه القصاص؛ لأنه يقدر على دفعه بالمسلمين والقاضي، فلا تسقط عصمة ماله، بخلاف السارق الذي لا يندفع بالصِّياح.

مجنون شهر على رجل سلاحًا، فقتله المشهور عليه عمدًا

(**مجنون شهر على رجل سِلاحًا، فقتله المشهور عليه عمدًا، فعليه الدية في ماله**)؛ لأن فعل المجنون لا يُوصَف بالخطر، حتى يصير بمنزلة الباغي؛ ولهذا لو قتل رجلاً، لا يُقتَل به، فلا تبطل عصمته، والمشهور عليه مضطرٌّ إلى قتله لدفع الشر عن نفسه، فيُباح له القتل، بشرط الضمان، كمن تناول مال الغير [في الضيق] عند المخمصة، وتجب الدية في ماله؛ لأنه عمد، والصبي في هذا بمنزلة المجنون.

الجمل إذا صال على إنسان، فقتله المصول عليه، يضمَن عندنا، وقال الشافعي: لا يضمن في هذه المسائل[1]، وهو رواية عن أبي يوسف.

وأجمعوا: على أن الصائل لو كان عبدًا، فقتله المصول عليه، لا يضمن، وكذلك صيد الحرم إذا صال على إنسان فقتله المصول عليه، لا يضمن، والمسألة بفروعها تُعرَف في «المختلف».

شهر سلاحًا في المصر وضربه، ثم قتله المشهور عليه

(**رجل شهر سِلاحًا في المصر، وضربه، ثم قتله المشهور عليه بعد ذلك، فعلى القاتل القصاص**).

أراد به: إذا ضربه وتركه؛ لأنه لما ترك ضربه وانصرف، لم يكن المشهور عليه محتاجًا إلى قتله لدفع الشر عن نفسه، فصار كما لو قتله ابتداءً، حتى لو ضربه الشاهر مرةً وتقصد الضرب مرةً أخرى، ولم ينصرف، فقتله المشهور عليه، لا شيء عليه؛ لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه.

---

(١) انظر: المهذب ٥/٢١٩.

بَابُ
جِنَايَةِ الحَائِطِ وَالجَنَاحِ وَمَا يُشْبِهُ ذَلِكَ

أخرج إلى الطريق الأعظم كَنِيفًا أو ميزابًا الكلام في موضعين:

(رجل أخرج إلى الطريق الأعظم كَنِيْفًا، أو ميزابًا، أو بنىٰ دكانًا، أو جُرْصُنًا، فلرجل من عِرْض الناس أن ينزَع ذلك ويهْدِم).

والكلام في هذه المسألة في موضعين: في إباحة هذا التصرُّف، والثاني: في الخصومة في الرفع.

أما الكلام في الأول: فإن كان يَضُرُّ ذلك بالمسلمين، لا يَسَعُه؛ لأن الطريق حق العامة، فهو بهذا الإحداث يريد إبطال شركة الغير عن أصل هذا الموضع، أو هو أنه فلا يحِلُّ له ذلك، وإن كان لا يَضُرُّ، وسِعه أن يفعل ذلك وأن ينتفع به ما لم يمنع؛ لأن الطريق حق العامة، وهو من جملة العامة، فكان له حق الانتفاع به ما لم يَضُرَّ بالمسلمين، وربما ينتفع به غيره بدفع الحر والبرد، والمطر والثلج، فكان الانتفاع على هذا الوجه، والمرور سواء.

وعليه ضمان ما عطِب به في الوجهين؛ لأنه إما حرامٌ، أو مباحٌ مقيَّدٌ بشرط السلامة، إلَّا إذا فعل ذلك بإذن الإمام؛ لأن للإمام ولاية على الطريق الأعظم، فصار إذن الإمام فيما لا يتضرَّر به العامة، كإذن العامة، وإنما يَحِلُّ للإمام أن يأذن إذا كان لا يضُرُّ بالعامة، فإن كان يضُرُّ، لا يحِلُّ له أن يأذن.

وأما الكلام في الفصل الثاني: لكل واحد من الناس أن يمنعه في الإحداث، ويُخاصِمه في الرفع إذا فعل بغير إذن الإمام، أضرَّ ذلك بالمسلمين أو لم يُضِرَّ، ويستوي فيه المسلم والكافر؛ لأن التدبير في حق العامة يكون إلى الإمام؛ لتسكين الفتنة، فالذي فعل بغير إذن الإمام، يفتات على الإمام برأيه، فكان لكل واحد أن ينكر ذلك عليه، ويكون خصمًا له في ذلك ابتداءً وانتهاءً.

وعلى قول أبي يوسف: لكل واحد أن يمنعه قبل الوضع، وبعدما وضع ليس له أن يخاصمه فيه؛ لأن هذا الموضع قبل الوضع، كان في يد العامة، فإذا أراد إحداث البناء، يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصةً، وبعد الوضع، صار ذلك الموضع في يده على الخصوص، فالذي يخاصمه في ذلك، يريد إبطال يده من غير أن يدفع في ذلك ضررًا عن نفسه، فيكون متعَنِّتًا.

وعلى قول محمد: ليس له أن يخاصمه، لا في المنع في الابتداء، ولا في الرفع بعد الوضع، إذا لم يكن فيه ضرَرٌ؛ لأنه مأذونٌ في إحداث ذلك شرعًا، فكان ذلك بمنزلة إذن الإمام.

حفر بالوعة في الطريق الأعظم

(وإن حفر بالوعةً في الطريق الأعظم، فإنه يمنع من ذلك؛ لأن موضع الحفر يخرج من أن يكون طريقًا، فإن استأذن الإمام في ذلك، لا ينبغي له أن يأذن؛ لما فيه من توهُّم الضَّرر، بأن يسقط فيها إنسان، أو متاع، فإن رأىٰ الإمام فيه منفعةً، وأذِن له بذلك، فحفر وعطِب بها إنسان، لم يضمَن)، كما لو حفر في دار رجل بإذنه. [٢٣٣/ب]

أهل الدرب الذي هو غير نافذ، هل يشرع كنيفًا أو ميزابًا؟

(وليس لأحد من أهل الدَّرْب الذي هو غير نافذ، أن يشرع كنيفًا أو ميزابًا إلَّا بإذن جميع أهل الدَّرْب)؛ لأنَّ الدَّرْب مملوكٌ لهم؛ ولهذا تجب به الشفعة، والتصرُّف في الملك المشترك، لا يجوز إلَّا بإذن الشركاء، أَضَرَّ ذلك بهم أو لم يُضِرَّ، بخلاف الطريق الأعظم؛ لأنه ليس بملك لهم، فيباح الانتفاع به ما لم يتضرَّرْ به غيره.

حائط مائل بين خمسة، أُشهد على أحدهم، فقتل إنسانًا

(حائطٌ مائلٌ بين خمسة، أُشهد على أحدهم، فقتل إنسانًا(١))، ضمن خُمس الدية، وكذلك دَارٌ بين ثلاثة نفر، حفر أحدهما فيها بئرًا، أو بنىٰ حائطًا بغير إذن صاحبيه، فعطب به إنسان، كان عليه ثُلُثا الدية.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه نصف الدية في الفصلين)؛ لأن نصيب من لم يوجد الإشهاد عليه في المسألة الأولىٰ، ونصيب الحافر في المسألة الثانية، هَدَرٌ، وما وراءه معتبرٌ، فيجعل الهَدَر جنسًا، والمعتبر جنسًا، كمن جرحه رجل، ونهشته حيةٌ، ولدغته عقربٌ، وعقَره كلبٌ، ومات من ذلك، كان عليه نصف الدية، ولا تعتبر الجراحات، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن التلف حصل بعلة واحدة: وهي نقل جميع الحائط، لا نقل بعضه؛ لأن وقوع الجزء اليسير ليس بمهلك.

ولو كان أجنبيًّا في الكل، لا يصح الإشهاد عليه، ولو كان مالكًا للكل، صح الإشهاد عليه، فيصح بقدر ما ملك؛ اعتبارًا للبعض بالكل.

وقيل: جواب أبي حنيفة: فيما إذا قتله دقًّا، وجوابهما: فيما إذا جرحه جراحاتٍ ومات؛ لأن كل جراحة تصلُح علَّةً بنفسها، وليست إحداهما بأولىٰ من الأخرىٰ، فيجعل كذلك.

---

(١) العبارة في الجامع (فسقط على إنسان فقتله)، ص٦٠٥.

وكذلك في حفر البئر، لو كان أجنبيًّا ضمن الكل، ولو كان مالكًا كل الدار، لا يضمن، فيضمن بقدر ما لم يملك؛ اعتبارًا للبعض بالكل.

رجل حمل شيئًا في الطريق، فسقط منه وعطب به إنسان

(**رجل حمل شيئًا في الطريق، فسقط منه، وعطب به إنسان، يضمن**)؛ لأن الحامل قاصد حفظ المحمول، فلو قيّدناه بشرط السلامة، لا يحرج فيه.

وكذا لو ساق دابةً عليها سَرْجٌ، فسقط على إنسان فهلك، أو تلف به مال إنسان، ضمن؛ لأن السَّرْج على الدابة بمنزلة الحمل، فكان السائق قاصدًا حفظه، ويمكن شدُّه على الدابة كلَّ الشدِّ، فإذا فرَّط حتىٰ سقط على إنسان، كان ضامنًا.

(**وإن كان رداءً قد لبسه، فسقط منه وعطِب به إنسان، لا يضمن**)؛ لأن لابس الثوب لا يقصد حفظ الثوب، فلو قيَّدناه بشرط السلامة، أدىٰ إلى الحرج؛ ولأنه عسىٰ لا يمكنه أن يشُدَّ الرداء كُلَّ الشَّدِّ، بخلاف الحمل، وعن محمد: أنه يضمن في الرداء.

جعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام، فتعمد رجل المرور، فعطب

(**رجل جعل قَنْطَرَةً على نهر بغير إذن الإمام، فتعمَّد رجل المرور عليها، فعطِب، لا ضمان على الذي قَنْطَرَه، ولو وضع خشبةً في الطريق، فتعمَّد رجل المرور عليها، فعطِب، لا ضمان على الواضع**)؛ لأن نصب القَنْطَرة بغير إذن الإمام على نهر، لم يكن ثمة في القديم قنطرةٌ، ووضع الخشبة في الطريق بغير إذن الإمام، وإن كان تعدِّيًا، إلَّا أنه تسبَّب، فإذا تعمَّد المشي عليها مختارًا، فقد تعدىٰ وظلم، وطرأت المباشرة الصالحة للإضافة على التسبُّب، فيبطل التسبُّب، كمن حفر بئرًا على قارعة الطريق، فجاء إنسان وألقىٰ فيها نفسه، أو ألقاه غيره، لا يضمن الحافر، وإنما يعتبر التسبُّب إذا تعذَّرت الإضافة إلى المباشرة، بأن كانت مباحةً، أما عند الاستواء في العدوانية، فلا يعتبر، وكذا

إذا رشَّ الماء في الطريق، فمرَّ عليه رجلٌ متعمِّدًا، لا شيء عليه، وإن لم يكن متعمِّدًا، بأن لم يكُنْ عالمًا، ضمن الراشِّ، كذلك هاهنا.

مسجد لعشيرة عَلّق رجل منهم قنديلاً فيه فعطب به إنسان

(مسجدٌ لعشيرة عَلَّق رجل منهم قنديلاً فيه، أو بسَط حصيرًا، أو حصًا، أو بواري، فعطِب به إنسان، لا يضمن، وإن فعل ذلك رجل من غير العشيرة، ضمن عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: لا يضمن).

لهما: أنه قصد إقامة القُربة، فلا يُجعَل تعدِّيًا، قال الله تعالىٰ: ﴿**مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ**﴾ [التوبة: ٩١].

ولأبي حنيفة: أن عمارة المسجد، والقيام بمصالحه، مفَوَّضٌ إلى أهله؛ ولهذا كان نصب الإمام والمؤذن، وفتح الباب وإغلاقه إلى أهله دون غيرهم، ولو فعل غيرهم، كان لهم ولاية المنع، فكان تصرُّفهم كتصرُّف المالك، وإنما يُباح لغيرهم بشرط السلامة، كالمرور في الطريق، فإذا فعل بغير إذنهم، وعطِب به إنسان، ضمن، كما لو حفر بئرًا في المسجد لماء المطر، فوقع فيها إنسان، ضمن.

جلس رجل من العشيرة في المسجد فتعقل به رجل ومات

وإن جلس رجل من العشيرة، فتعقَّل به رَجلٌ ومات، لم يضمن إن كان الجالس في الصلاة، وإن كان في غير الصلاة، ضمن.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن على كل حال. [٢٣٥/أ]

لهما: أن الانتظار للصلاة بمنزلة الصلاة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المنتظر للصلاة في الصلاة**»[١]، ولو كان في الصلاة، لا يضمن، فكذا إذا كان منتظرًا.

---

(١) يقصد ما رواه البخاري: (قال النبي صلَّىٰ الله عليه وسلم: لا يزال العبد في الصلاة، ما كان في المسجد ينتظر الصلاة، ما لم يحدث ...) (١٧٤)؛ ومسلم (٦٤٩).

ولأبي حنيفة: أن المسجد بني للصلاة دون الجلوس، فلا يُباح فيه ما ليس من الصلاة، والانتظار للصلاة وإن كان ملحَقًا بالصلاة، فليس بصلاة حقيقةً، والملحَق بالشيء دونه؛ ولهذا لو دخل يريد الصلاة، فلم يجد مكانًا، وفيه رجل جالس لا يصلي، كان له أن يُزْعِجَه ويُصلي في مكانه، فجعلنا الجلوس في الصلاة مُباحًا مطلقًا، ولأجل الصلاة [مُباحًا] مقيَّدًا بشرط السلامة؛ إظهارًا للتفاوت بينهما.

وقيل: هذا إذا كان الجالس مشغولاً بعمل لا يُكرَه في المسجد، وليس له اختصاصٌ بالمسجد، كدرس الفقه، وقراءة القرآن، والحديث.

أما إذا كان جلوسه للاعتكاف، ولانتظار الصلاة، لا يكون ضامنًا عند الكل؛ لأنه نُدِب إليه، فلا يُجعَل سببًا للضمان.

وقيل: عند أبي حنيفة: إذا لم يكن في الصلاة، يضمن على كل حال، وهو الصحيح؛ لِمَا قلنا من المعنىٰ؛ ولهذا لم يفصل في الكتاب بين جالس وجالس.

وإن جلس رجل من غير العشيرة في الصلاة، فتعقَّل به إنسان، ينبغي أن لا يضمن؛ لأن المسجد بُنِيَ للصلاة؛ ولهذا لم يكن لأهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد في أوانها. [والله تعالىٰ أعلم].

***

بَابُ
جِنَايَةِ البَهِيمَةِ، والجِنَايَةِ عَلَيْهَا

رجل سار على دابته فوقفتْ لروث أو بول فعطب إنسان فيه

(رجل سار على دابته، فوقفتْ لرَوْث أو بول، فعطِب إنسان برَوْثها أو بولها، لم يضمن)؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عن رَوْث الدابة وبولها في الطريق، فجُعِل هدَرًا، أو عَفْوًا؛ إذ لو لم يُجعَل يتعذَّر عليه المرور والسير؛ ولهذا لو راثت أو بالت وهي تسير، فعطب إنسان بذلك، لا يضمن، والوقوف لأجل ذلك من ضروراته؛ لأن من الدواب ما لا يروث ولا يبول حتى يقف، فجعل ذلك عفوًا.

وإن وقفها صاحبها لغير ذلك، فراثت أو بالت، فعطِب إنسان برَوثها أو بولها، ضمن؛ لأن وقفها لحاجة نفسه، مما يمكن الاحتراز عنه، فجعل جنايةً، أو مُباحًا بشرط السلامة.

رجل سار على الدَّابة فأصابت بيدها أو رجلها حصاة ففقأ عين إنسان

(رجل سار على الدَّابة، فأصابت بيدها أو رِجلها حصاةٌ أو نَواةٌ، أو أثارت غبارًا ففقأ عين إنسان، لم يضمن، وإن كان حجرًا كبيرًا، ضمن)؛ لأن الاحتراز عن الصغير غير ممكن، فإن الغبار والصغار من الأحجار، ينبعث عن سنابك الدَّابة في السير المعتاد، فجعل عفوًا، ولا كذلك الكبير؛ لأن ذلك لا يكون إلَّا لخِرَقه وتعسُّفه، فجُعل جنايةً، أو مُباحًا مقيَّدًا بشرط السلامة.

(ويضمن الراكب كل شيء أصابت الدابة بيدها أو رأسها، إن كدمت، أو خبطت، فإن نفحت برجلها أو ذَنَبِها، لا يضمن)؛ لأن وجه الراكب إلى أمام الدابة، لا خلفها، فيمكنه الاحتراز وصَوْنُ الدابة عما كان أمامه دون ما كان خلفه.

(وإن أوقفها، **يُؤاخَذ بنفحة الرِّجْل والذَّنَب أيضًا**)؛ لأن الوقف جناية، أو مُباحٌ بشرط السلامة، فما تولَّد منه، يكون مضمونًا عليه.

كل شيء يضمنه الراكب، يضمنه القائد والسائق

(**وكل شيء يضمنه الراكب، يضمنه القائد والسائق**)، وما لا يضمنه الراكب، لا يضمنه السائق والقائد؛ لأن سير الدابة مُضَاف إليهما حسب الإضافة إلى الراكب، إلَّا أن الراكب إذا وطأ إنسانًا، (**كان عليه الكفارة**)، وإن أوطأ مُورِثه، يحرم الميراث.

ولا يثبت ذلك في حق السائق والقائد؛ لأنهما يتعلَّقان بالمباشرة دون التسبُّب، وقد تحقَّقت المباشرة من الراكب؛ لأن التلف حصل بالثقل، وثقل الراكب على الدابة اتصال بالقتل، فصار مباشرًا، كالنائم إذا انقلب على مُورِثه.

فأما السائق والقائد، لم يتصل أمر فعلهما به، فكان تسبُّبًا، فلم يثبت الخصمان في حقهما[1]، كما لا يثبت حق في حافر البئر وواضع الحجر.

أرسل بهيمة، وكان سائقًا لها، فأصاب شيئًا في فورها

(**رجل أرسل بهيمةً، وكان سائقًا لها، فأصاب شيئًا في فَوْرها، ضمن**).

ـ أراد بالسائق: أن يمشي خلفه؛ لأن ذهاب البهيمة يُضاف إلى السائق ـ.

(**وإن أرسل طائرًا، يعني: بازيًا، فأصاب في فَوْره ذلك، لا يضمن، وكذا لو أرسل كلبه إرسالاً، ولم يكن سائقًا، فأصاب في فوره ذلك، لا يضمن**)، وكذا لو [أشلىٰ] كلبه على رجل فعقره، أو مزّق ثيابه، لم يضمن، إلَّا أنْ يسوقه؛ لأنَّ البازي يطير باختياره، وكذا الكلب والبهيمة، يعملان باختيارهما، وإنما يُنسَب فعلهما إلى المُرْسِلِ في حق حل الصيد؛ لمكان الحاجة والضرورة، ولا ضرورة في حق التعدِّي والضمان. [٢٣٤/ب]

---

(١) وفي الجامع (وليس عليهما الكفارة)، ولم يذكرها المؤلف؛ اكتفاءً بشرحه كعادته في الشرح. الجامع (مع شرح الصدر) ص٦٠٨.

وإن كان سائقًا، يضمن ما أتلفه الكلب، ولا يضمن ما أتلفه البازي؛ لأن الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب، فإذا كان يمشي خلفه، يجعل سائقًا، ويُضافُ فعله إليه، أما البازي لا يحتمل السوق؛ لأن غير الطائر لا يسوق الطائر، فكان البازي بمنزلة الدَّابَّة المُنْفَلِتَةِ، وعن أبي يوسف: أنه يضمن أيضًا.

وقيل: إذا أرسل كلبه وهو لا يمشي خلفه، فعقَر إنسانًا، أو أخذ طير إنسان، أو ما أشبه ذلك، إن لم يكن مُعَلَّمًا، لا يضمن؛ لأن غير المعلم يذهب بطبع نفسه، لا بالإرسال، وإن كان معلَّمًا ومال عن الوجه الذي أرسله [يمينًا أو شمالاً، لا يضمن؛ لأنَّه لمَّا مَالَ عن سنَن الإرسال، انقطع حكم الإرسال، وإنْ أصابه في الوجه الذي أرسله]، ضمن؛ لأنه ذهب بإرسال صاحبه.

وأكثر المشايخ قالوا: هذا في البهيمة، أما في الكلب، وإن ذهب على سنَن الإرسال، لا يضمن، إلَّا إذا كان خلفه؛ لأن في العادة يمكن إثبات اليد على الدابة، والمنع من الذهاب بعد الإرسال، فإن كان يمشي على سنَن الإرسال، يُضاف إلى المُرْسِل، ولا كذلك الكلب، فلا يُضاف فعل الكلب إلى المُرسِل، إلَّا إذا كان خلفه.

قاد قطارًا، فوطئ بعيرٌ إنسانًا، فقتله

(**رجل قاد قطارًا، فوطئ بعيرٌ إنسانًا، فقتله، فعلىٰ عاقلة القائد الدية**)؛ لأن القطار في يده يَسيرُ بسوقه، ويقِفُ بوقفه، والاحتراز عنه ممكن، بأن ينادي ليتنحىٰ الناس عن الطريق، فما حدث منه، يكون مضمونًا عليه.

ربط رجل بعيرًا في القطار، فوطئ المربوط إنسانًا، فقتله

(**وإن ربط رجل بعيرًا في القطار، فوطئ المربوط إنسانًا، فقتله، فالدية على عاقلة القائد، ويرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط**).

أما الدية على عاقلة القائد؛ لأن القطار في يده، فكان عليه حفظه، وأما الرجوع؛ فلأن الرابط هو الذي أوقع القائد في هذه الوَرْطَة، فيرجع عليه، كمن أمر صبيًّا بقتل رجل، فقتله، كانت الدية على عاقلة الصبي، ثم ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر، هذا إذا لم يكن القائد علِم بربط البعير.

فإن علم، لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط؛ لأن القائد هو الذي أوقع نفسه في هذه الوَرْطة، وهذا إذا ربَطه في حالة السير.

فإن ربط البعير والقطار واقفٌ، ثم قاد صاحب القطار وهو يعلم بالربط، أو لا يعلم، لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط؛ لأنه قاد بغير إذن الرابط، فكان الضمان عليه.

شاة لقصّاب فقئت عينها

(شاة لقَصَّابٍ، فُقِئَت عينها، ففيها ما نقصها، وفي عين بقرة الجزَّار، وفي عين جَزُوره رُبُع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل، تجب رُبُع القيمة).

وقال الشافعي: يضمن النقصان في جميع ذلك؛ لأن الواجب ضمان المال، فيتقدَّر بنقصان المالية.

وأصحابنا احتجُّوا بما روىٰ خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه، عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أنه أوجب الرُّبع، وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه، وتركنا القياس في الجَزور بالآثار؛ ولأن المقصود من الشاة: اللحم، وأنه لا يوجب فيه نقصانًا فاحشًا، أما المقصود من الجَزور والبقر: الركوب، والحمل، والحراثة، وذلك إنما يحصل بالعينين والقوائم، فيكون نصف البدل بمقابلة العينين، فإذا ذهب إحداهما، يجب الرُّبُع، بخلاف الآدمي؛ لأن منفعة البصر مقصودةٌ على حدة، وكذا منفعة البَطْش، والمشي.

وبخلاف ما إذا قطع إحدىٰ قوائم الدابة، فإنه يضمن جميع قيمتها، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في هذا الكتاب؛ لأن ذاك يفُوِّت منفعة الاستعمال أصلاً، فجعل ذلك استهلاكًا، أما ذهاب إحدىٰ العينين، لا يفُوِّت ذلك.

بَابُ
مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

وجبت عليه عتق رقبة مؤمنة، يجزئه رضيع أحد أبويه مسلم

(رجل وجبت عليه عتق رقبة مؤمنة، يُجزِئه رضيعٌ أحد أبويه مسلمٌ)؛ لأن الواجب إعتاق الرقبة المؤمنة، والرضيع مسلم بإسلام أحد الأبوين، **(ولا يُجزِئه عتقُ ما في البطن)**؛ لأنه ملحَقٌ بالأجزاء، ما دام مجتنًّا يُعتَق بإعتاق الأم، فلا تُعَدُّ رقبةً كاملةً.

رجل صالح عن دم العمد على مال من غير ذكر أجل

(رجل صالح عن دم العمد على مال، ولم يذكر حَالًّا ولا مؤجَّلاً، فهو حالٌّ)؛ لأن الواجب بالعقد: بدل القصاص، والقصاص حَالٌّ، فكذلك البدل، بخلاف الدية، فإنها تكون مؤجَّلةً؛ لأن وجوبها بدلاً عن النفس عُرِف نصًّا، والنص ورد بوجوبها مؤجَّلةً، أما بدل الصلح، وجب بإيجابهما، فإذا لم يذكر [٢٣٦/أ] الأجل، يكون حالاً.

حُرٌّ وعبد قتلا رجلاً عمدًا، فمولى العبد والحر صالحا دمهما على ألف

(حُرٌّ وعبدٌ قتلا رجلاً عمدًا، فأمر الحرُّ ومولىٰ العبد رجلاً أن يصالح من دمهما على ألف، ففعل، فالألف على الحُرِّ القاتل ومولىٰ العبد نصفان)؛ لأن الواجب بدل القصاص، والقصاص عليهما على السواء، فيقسم البدل عليهما على السواء.

رجل ضرب بطن امرأته فألقت جنينًا ميتًا

(رجل ضرب بطن امرأته، فألقت جنينًا ميتًا، فعلى عاقلته غُرَّةٌ، لا يَرِث منها شيئًا، ولا كفارة عليه).

أما وجوب الغُرَّة؛ لحديث مالك بن نابغة الذبياني قال: كنت بين الضَّرَّتين لي، فضربت إحداهما الأخرى بمِسْطَح خيمة، فألقت جنينًا ميتًا، ثم ماتت الأم، فاختصموا إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وكان للقاتلة إخوةٌ، فقضىٰ رسول الله صلىٰ عليه وسلم بالغُرَّة على أَخَويها، فقالوا: كيف نَدِي من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه يُطَلُّ، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**أسجع كسجع الكهان، أنتم أحق بالعقل**»[1].

والغُرَّةُ عندنا: عبدٌ، أو أمةٌ، أو فرسٌ قيمته خمسمائة.

إذا عرف هذا في جنين الأجنبي، فكذلك في الجنين الذي هو ابنه؛ لأنهما لا يختلفان في الضمان، وإنَّما لا يرث الأب منه؛ لأنه قاتلٌ مباشرةً بغير حق، وإنَّما لا تجب الكفارة؛ لأن وجوب الكفارة عُرِف نصًّا بقتل النفس، والجنين ما دام مجتنًّا، كان في حكم الأجزاء؛ ولهذا لم تجب فيه ديةٌ كاملةٌ.

رجل ضرب بطن أَمَةٍ فأعتق المولى ما في بطنها، ثم ألقته حيًّا

(**رجل ضرب بطن أَمَةٍ، فأعتق المولىٰ ما في بطنها، ثم ألقته حيًّا، ثم مات من ذلك، فعلىٰ الضارب قيمته حيًّا**)؛ لأنه قتله بالضرب السابق، ووقت الضرب كان رقيقًا حيًّا، فيضمَن قيمته حيًّا.

وفي قياس قول محمد: يجب تفاوت ما بين قيمته مضروبًا، إلى غير مضروب، ويُجعَل الإعتاق بعد الضرب بمنزلة البَرْء، كما في المنفصل.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣٢٦/٥؛ وأبو داود (٤٥٦٨)؛ والنسائي (٤٨٢٥، ٤٨٢٦)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٠٥/٣؛ وابن حبان في صحيحه ٣٧١/١٣؛ والدارقطني في سننه ١٩٨/٣.

مباح الدم إذا التجأ إلى الحرم

(**مُباح الدم إذا التجأ إلى الحرم، لا يُقتَل**)، وقال الشافعي: يقتَل؛ لأن الحرم لا يمنع من استيفاء الحقوق[1]؛ ولهذا لا يمنع من استيفاء القصاص في الطرف، وإقامة حَدِّ السرقة، وحد الزنا إذا كان جلدًا، وكذا لو قتل إنسانًا في الحرم، أو زنىٰ في الحرم وهو مُحْصَن؛ فإنه يُقتَل.

ولنا قوله تعالىٰ: ﴿**وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًاۗ**﴾ [آل عمران: ٩٧]؛ ولأن الصيد يستفيد الأمن بالدخول في الحرم؛ إظهارًا لحرمة المكان وشرفه، فالآدمي أولىٰ، بخلاف القصاص في الطرف؛ لأن ثبوت الأمن يستدعي سابقة الإباحة، وهو ليس بمباح في نفسه، وطرفه تابعٌ له، فإذا لم يثبت الأمن للأصل، لا يثبت للتبع.

وعن أبي يوسف: أنه يُؤخَذ ويُخرَج من الحرم، ثم يُقتَلُ، ولا يُقتَل في الحرم، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، إلَّا أنَّه لا يُكَلَّم، ولا يُجَالَس، ولا يُبَايع؛ ليضطرَّ فيخرُج؛ لأنه مانع حقًّا عليه لله تعالىٰ، أو للعباد، فلا يجوز إعانته على المقام ومنع الحق.

رجل افتض امرأة بالزنا، فأفضاها المسألة على وجوه:

(**رجل افتض امرأةً بالزنا، فأفضاها**)، فهذه المسألة على وجوه:

إما أن كانت مطاوعةً من غير دعوىٰ الشبهة [من أحدهما]، أو كان ذلك مع دعوىٰ الشبهة من أحدهما)، [أو كانت مستكرهةً من غير دعوىٰ الشبهة، أو كان ذلك مع دعوىٰ الشبهة من أحدهما]، وكل ذلك على وجهين: إما أن كان الإفضاء بحيث تستمسك البول، أو كانت لا تستمسك.

(**فإن كانت مطاوعةً من غير دعوىٰ الشبهة من أحدهما، فعليهما الحد**)؛ لأنه تمحَّض زنًا، (**ولا عُقْر عليه**)؛ كيلا يجتمع الحدُّ مع العُقْر، (**وليس عليه أرش الإفضاء**)؛ لأنَّه فعل برضاها، فلا يجب الأرش، كرجل قال لغيره: اقطع يدي، ففعل.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٢٢٠.

إن كانت مُكْرَهَةً من غير دعوى الشبهة من أحدهما

(وإن كانت مُكْرَهَةً من غير دعوىٰ الشبهة من أحدهما، كان عليه الحد)؛ لأنه تمحَّض زنًا في حقه، ولا حَدَّ على المرأة؛ لمكان الإكراه، **(ولا يجب العُقْر)**؛ لِمَا قلنا، **(ويجب أرش الإفضاء)**؛ لعدم الرضا، **(فإن كانت تستمسك البول، فأرشه ثُلُث الدية)**؛ لأنها جائفةٌ؛ إذ الجائفة جراحةٌ تصِل إلى الجوف، وفي الجائفة ثُلُث الدية.

(وإن كانت لا تستمسك البول، فعليه ديةٌ كاملةٌ)؛ لتفويت جنس المنفعة، ووجوب الحد لا يمنع وجوب أرش الإفضاء، ويمنع وجوب العُقْر؛ لأن العُقْر يجب بدلاً عن المستوفىٰ بالوطء، والمستوفىٰ بالوطء ما يملك بعقد النكاح، والإفضاء لا يملك بعقد النكاح، فوجوب الأرش بسبب الإفضاء لا يُؤدِّي إلى الجمع بين الحدِّ والغَرامة بمقابلة شيء واحد، أما العُقْر، يجب بمقابلة المستوفىٰ بالوطء، فوجوبه يُؤدِّي إلى الجمع بين الحدِّ والضمان بمقابلة شيء واحد.

[٢٣٥/ب]

إن كان الرجل يدعي الشبهة، وهي مُكْرَهَةٌ

فإن كان الرجل يدَّعي الشبهة، وهي مُكْرَهَةٌ، لا حَدَّ عليه؛ لمكان الشبهة، ويجب العُقْر؛ لأن الوطء الحرام لا يخلو عن غَرامة أو عقُوبة، فإذا لم يجب الحد، تعيَّنت الغَرامة، فإن كانت تستمسك البول في هذه الصورة، كان عليه أرش الإفضاء مع العُقْر، وإن كانت لا تستمسك، تجب الدية، ولا يجب العُقْر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يجب العُقْر أيضًا؛ لأنهما مالان مختلفان، وجبا بسببين مختلفين؛ لأن العُقْر يجب باستيفاء المنفعة، والدية إنما وجبت بإتلاف العضو، فوجوب أحدهما لا يمنع الآخر، كما لو كان أرش الإفضاء ثُلُث الدية، كان عليه العُقْر أيضًا.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن العُقْر بدل عن المستوفىٰ بالوطء، والمستوفىٰ بالوطء بمنزلة الجزء، فإذا وجب عليه بدل هذا العضو: وهو الدية، يدخل فيه بدل الجزء؛ كيلا يؤدِّي إلى التكرار، كرجل شَجَّ رجلاً، فتناثر شعره، وجب عليه الدية، يبطل أرش الشجَّة.

فأما إذا وجب ثُلُث الدية بالإفضاء، فقد روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن أقلهما يدخل في الأكثر.

ووجه ظاهر الرواية: أن ضمان العضو يمنع ضمان جزئه، وفيما إذا كانت تستمسك البول، لم يجب ضمان العضو؛ لأن منفعة العضو قائمةٌ، وإنما وجب عليه ضمان الإفضاء، فوجوب العُقْر ثمة لا يُؤدِّي إلى ما قلنا.

ثم قال في «الكتاب»: فإن كان الإفضاء بحجر أو نحوه، فالجواب فيه مثله، إلَّا في خصلة: وهو أن أرش الإفضاء هاهنا: وهو ثُلُث الدية، أو كل الدية، يكون في ماله؛ لأنه عمد، وفي الإفضاء بالذكر، يكون على العاقلة؛ لأنه خطأٌ.

الإفضاء بالذكر وبالإصبع والحجر

وذكر في الحدود من «الأصل»: في الإفضاء بالذكر: أن أرش الإفضاء يكون في ماله؛ لأنه شبه العمد، وموجب شبه العمد فيما دون النفس، يكون في ماله، وإن بلغ ذلك ديةً كاملةً، كما لو ضرب على عيني إنسان بخشب حتى ذهب بصره، تجب الدية في ماله.

فصار في المسألة روايتان، سَوَّىٰ في «الكتاب» بين الإفضاء بالذكر، وبين الإفضاء بالإصبع والحجر، إلَّا في خصلة [واحدة]، وهذ اللفظ يوجب التسوية بينهما في وجوب العُقر أيضًا.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالىٰ: لا وجه لوجوب العُقْر في الإفضاء بالإصبع والحجر؛ لأن وجوب العُقْر متعلِّقٌ بقضاء الشهوة، فيختصّ بالافتضاض بالآلة المعهودة، ومحمد رحمه الله تعالىٰ ما نصَّ على العُقْر، فكان الأمر محتملاً: يحتمل أنه لم يُرِدْ به التسوية بينهما في وجوب العقر، ويحتمل أنه أراد بذلك، وجعل الافتضاض بالإصبع والحجر مُلْحَقًا بالافتضاض بالذكر؛ إظهارًا لحرمة هذا المحل وخطره، كما جعل الإيلاج فيه بدون الإنزال مُلحَقًا بالإيلاج مع الإنزال في حق وجوب الغسل، مع التفاوت بينهما في اقتضاء الشهوة.

رجل تزوج امرأة فدفعها، فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول

وذكر في «مختلف الرواية»: رجل تزوَّج امرأةً، فدفعها دفعةً، فأذهب عُذْرتها، ثم طلَّقها قبل الدخول بها، كان عليه نصف المهر في قول أبي حنيفة في رواية أبي يوسف عنه.

وفي رواية محمد عنه، وهو قول محمد وزفر: [عليه جميع الصداق، جعل محمد] هذا بمنزلة الوطء في حق تأكُّد المهر، وأبو حنيفة لم يجعل هذا بمنزلة الدخول.

من المشايخ من ذكر مسألة الكتاب على هذا الاختلاف، والله تعالىٰ أعلم.

كِتَابُ الوَصَايَا
[بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ]

أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده الثلاث وللفقراء والمساكين

(رجل أوصىٰ بثُلُث ماله لأمهات أولاده: وهنّ ثلاث، وللفقراء والمساكين، قال: **يُقسَّم الثلث بينهم على خمسة أسهُم: سهمٌ للفقراء، وسهمٌ للمساكين، وثلاثة أسهم لأمهات أولاده**).

وقال محمد: يُقسَّم الثُّلُث على سبعة أسهم: ثلاثة لأمهات أولاده، وسهمان للفقراء، وسهمان للمساكين.

أما جواز الوصية لأمهات أولاده؛ لأن أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت، وهنّ حرائرُ بعد الموت.

وإنَّمَا يقُسَّم على سبعة عند محمد؛ لأنه ذكر الفقراء والمساكين بلفظ الجمع، فينصرف إلى الأدنىٰ: وهو اثنان؛ لأن الاثنين جمعٌ في الميراث، فكذلك في الوصية؛ لأنها أخت الميراث، فيعتبر اثنان من كل فريق، وأمهات أولاده ثلاث، فكانت الوصية لسبعة، فيقُسَّم على سبعة.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الفقراء جمعٌ معرَّفٌ، وتعذَّر الصرف إلى الكل؛ لكثرتهم وجهالتهم، فينصرف إلى الواحد، كما لو حلف: لا يتزوج [٢٣٧/أ] النساء، أو لا يشتري العبيد، فإنه ينصرف إلى الواحد، فيعتبر واحد من كل فريق، وثلاث أمهات أولاده، فيُقسَّم على خمسة.

أوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين

وعلى هذا الخلاف: (**إذا أوصىٰ بثُلُث ماله لفلان وللمساكين، كان نصف الثلث لفلان، والنصف للمساكين**) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قول محمد: يُقسَّم أثلاثًا.

أوصى لرجل بمئة ومثلها لآخر، ولثالث: أشركتك بما أوصيت لهما

(**رجل أوصىٰ لرجل بمائة درهم، وبمائة أخرىٰ لرجل آخر، ثم قال لثالث: أشركتك فيما أوصيت لهما، قال: للثالث ثُلُث كل مائة**)، وهذا استحسان، والقياس: أن يكون له نصف كل مائة؛ لأن الشركة تقتضي المساواة، فيجعل مساويًا لكل واحد منهما، وذلك فيما قلنا.

وجه الاستحسان: أنَّه أثبت الشركة بينهم، وإنما تثبت المساواة بينهم إذا أخذ من كل واحد منهما ثُلُث المئة، أما إذا أخذ من كل واحد منهما نصف المئة، حتى حصل له مائة، لا تثبت المساواة بينهم.

أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين وقال لثالث: أشركتك بما أوصيت لهما

(**وإن أوصىٰ لرجل بأربعمائة درهم، ولآخر بمائتين درهم، ثم قال لثالث: أشركتك فيما أوصيت لهما، كان له النصف منهما جميعًا**)؛ لأنَّه لَمَّا أشركِ الثالث بعدما فاوت بين الأولين، علم أنه لم يُرِدْ بالإشراك التسوية بينهم من كل وجه جملةً: بأن يكون كل واحد منهم مساويًا للآخر، بل أراد بهذا الإشراك: التسوية بينه وبين كل واحد منهما فيما أوصىٰ لكل واحد منهما على سبيل الانفراد، بخلاف الفصل الأول.

وكذا لو أوصىٰ لرجل بجارية، وأوصىٰ بجارية أخرىٰ لرجل آخر، ثم قال لثالث: أشركتك فيما أوصيت لهما، كان له نصف كل جارية؛ لِمَا قلنا.

وقيل: هذا قول أبي حنيفة، أما على قولهما: يأخذ من كل واحد منهما ثُلُث الجارية؛ لأن عند أبي حنيفة: الرقيق أجناسٌ مختلفةٌ، فلا يمكن ضمُّ ما أخذ من هذا إلى ما أخذ من الآخر، فكان نظير الفصل الثاني.

أما على قولهما: الرقيق جنس واحد، فكان بمنزلة الفصل الأول.

أوصى لرجل بجزء من ماله

رجل أوصىٰ لرجل بجزء من ماله، يُعطِيه الورثة ما شاؤوا، والآن الجزء مجهولٌ، إلَّا أن مبنىٰ الوصية على التَّوْسعة، فتصح مع الجهالة، ويقوم الوارث مقام الموصي في البيان.

أوصى بسهم من ماله

ولو أوصىٰ بسهم من ماله، فله أخسّ سهم الورثة، (**إلَّا أن ينقص عن السُّدُس، فيتِمُّ له السُّدُس، ولا يُزاد عليه**)[1]، إلَّا أن يجيزه الوارث.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أخسّ سهام الورثة، إلَّا أن يكون أكثر من الثُّلُث، فلا يُزاد على الثُّلُث، إلَّا أن تُجِيزه الورثة؛ لأن التركة تصير سهامًا بعد الموت، فتتناول الوصية سهمًا من سهامها، والأقل متيقَّنٌ، فيُعطىٰ الأقل، إلَّا أن يكون أكثر من الثلث، فيُعطىٰ الثُّلُث؛ لأن الوصية بقدر الثُّلُث لا تتوقف على إجازة الورثة، وفيما زاد على الثلث، تتوقف.

ولأبي حنيفة: ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفًا عليه، ومرفوعًا إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: «**من أوصىٰ لغيره بسهم من ماله، فله السدس**»، وهكذا نقل عن إياس بن معاوية[2]؛ ولأنه أوصىٰ له بسهم من سهام الفريضة ظاهرًا، وأكثر سهام الفرائض يخرج من مَخْرَج السدس: وهو ستة، فاعتبرنا ذلك في المنع عن مجاوزة السدس، وجعلنا له أخسّ سهام الورثة إذا لم يجاوز السدس، ويُعطىٰ المتيقن.

---

(١) في د (ولا يزاد على السدس).

(٢) وهذا ما نقله الموصلي بقوله: «وله ما روىٰ ابن مسعود رضي الله عنه: (أن رجلاً أوصىٰ بسهم من ماله، فقضىٰ رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم في ذلك بالسدس)؛ ولأن السهم يُذكَر ويُراد به السدس لغةً، قال إياس: السهم في اللغة: السدس ...»، الاختيار لتعليل المختار ٥/٨١؛ وذكر السغدي في فتاويه: «وفي قول عثمان البتي: إذا أوصىٰ لرجل بسهم من ماله، فله السدس» ٢/٨٢٢.

وصورة هذه المسألة: إذا أوصت المرأة بسهم من مالها، ثم ماتت وتركت: زوجًا، وابنًا، يُعطىٰ السُّدُس في قول أبي حنيفة، وعندهما: يُعطىٰ الرُّبُع، قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا: السهم والجزء سواء؛ لأنه لا يُراد به نصيب أحد الورثة، ولا السُّدُس، فكان بمنزلة الجزء.

قال: سدس مالي لفلان وقال في مجلس آخر: سدس مالي لفلان

(رجل قال: سُدُس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس أو غيره: سُدُس مالي لفلان، فليس له إلَّا السُّدُس الواحد)؛ لأنه ذكر السُّدس معرَّفًا بالإضافة [إلى ماله]، والمَعْرِفة إذا أُعيدت، كان الثاني عينَ الأول؛ ولأن التكرار للإشهاد فيما بين الناس متعارفٌ، وإن كان يحتمل الابتداء، فلا تثبت الزيادة بالشك.

قال: سدس مالي لفلان وصية، وقال في مجلس آخر: ثلث مالي لفلان وصية

(ولو قال: سدس مالي لفلان وصيةً، ثم قال في ذلك المجلس، أو غيره: ثُلُثُ مالي لفلان وصيةً، فله الثُّلُث)؛ لأن الكلام الثاني محتمل: يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول، حتى يتِمَّ له الثلث، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث غير السدس، فيجعل كلامه في السدس تكرارًا؛ حملاً لكلامه على المتيقَّن، وعلى ما يملك الإيصاء به: وهو الثلث.

قال لورثته عند الموت: لفلان عليّ دين فصدقوه

(رجل قال لورثته عند الموت: لفلان عليّ دينٌ، فصدّقوه، فإنه يُصدَّق إلى الثُّلُث)، والقياس: أن لا يُصدَّق؛ لأنَّه أمرهم بخلاف حكم الشرع: وهو تصديق المدعي من غير حجّة، وإنما يُصدَّق إلى الثلث استحسانًا؛ [٢٣٦/ب] لأنه سلَّطه على ماله، وقدَّمه على الورثة، وهو يملك التسليط والتقديم بقدر الثُّلُث بطريق الوصية، فيصح قصدُه بقدر ما يملك لحاجته، فإن الإنسان قد يكون عليه دينٌ ولا يعرِف مقدارَه، فيسعىٰ في فكاك رقبته بهذا الطريق، (فإن كان أوصىٰ مع ذلك بوصايا، عُزِل الثُّلُث لأصحاب الوصايا، والثُّلُثان للورثة، ويُقال لأصحاب الوصايا: صدِّقوه فيما شئتم،

ويُقال للورثة : صدِّقوه فيما شئتم؛ لأَنَّ حق أصحاب الوصايا معلوم : وهو الثلث، وحق الورثة معلوم : وهو الثلثان)، وحق هذا الرجل ليس بمعلوم، وقد ثبت هاهنا دينٌ شائعٌ في التركة؛ لأنه أقرَّ على نفسه بالدين، وجهالة القدر لا تمنع صحة الإقرار، فيُقال لأصحاب الوصايا: عليكم قضاء ثُلُث ذلك الدين؛ لأن ثُلُث التركة في أيديكم، فأقرُّوا له بما شئتم، وعليكم اليمين على العلم إن ادَّعىٰ الزيادة، ويُقال للورثة مثل ذلك؛ لأن حكم الوصية لم يثبت لمكان وصية القوية، فيبقىٰ الإقرار بالدين المجهول، وحكمه ما قلنا.

أوصى لوارثه ولأجنبي

(**رجل أوصىٰ لوارثه ولأجنبي، فللأجنبي نصف الوصية)**، وبطلت الوصية للوارث؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا وصية لوارث**»[1]، وإذا بطلت الوصية للوارث، كان للأجنبي نصف الوصية.

فرق بين هذا وبينما إذا أوصىٰ لحي وميت، كان جميع الوصية للحي، [والفرق: أن الميت ليس بأهل للوصيَّة، فلم تثبت المزاحمة بينه وبين الحيِّ، فجعل وصية الحيِّ] تصحيحًا للوصية، أما الوارث من أهل إيجاب الوصية، حتى لو أجازت الورثة، نفذت الوصية للوارث، وإذا كان الوارث من أهل الوصية، نفذت الوصية في حصة الأجنبي، وتوقفت في حصة الوارث، وإذا رُدَّت، بطلت، وبطلان وصية الوارث، لا توجب بطلان وصية الأجنبي.

---

(١) أخرجه المقدسي في المختارة، وقال: «إسناده صحيح»، ٦/١٥٠؛ «أخرجه الترمذي وقال: «حسن صحيح»، والدارقطني»، كما قال المنبجي في اللباب ٢/٧٩١؛ وقال ابن عبد البر: «وهذا الحديث لا يصح عندهم مُسندًا، وإنَّما هو من قول ابن عباس، كذا رواية الثِّقات له ...، ولا يَصِحّ رفعه»، الاستذكار ٧/٢٦٧.

فرق بين هذا وبينما: إذا أَقَرَّ المريض لوارثه وللأجنبي بالدين، لا يصح إقراره أصلاً، والفرق: أن الإقرار إخبار، فلو صح إقراره للأجنبي، ثبت المخبر به: وهو الدين المشترك؛ لأنَّه أَقَرَّ بدين مشترك، فيثبت كذلك، فما من شيء يأخذه الأجنبي، إلَّا وللوارث حق المشاركة فيه، فيصير إقرارًا للوارث، إما الوصية تمليك مبتدأ لهما، فبطلان التمليك لأحدهما، لا يبطل التمليك للآخر.

تبطل الوصية إذا جحد الورثة

(رجل له ثلاثة أثواب: جيد، ووسط، ورديء، يخرج من ثلث ماله، فأوصىٰ بكل ثوب لرجل بعينه، ثم مات الموصي، فهلك أحد الأثواب، ولا يُدْرَىٰ أي الأثواب هلك، فالوصية باطلة إذا جحد الورثة).

أراد به: إذا جحد الوارث حق كل واحد، وقال لكل واحد: هلكت وصيتك؛ لأن المستحق للباقي مجهول، وجهالة المستحق يمنع القضاء، فتبطل الوصية؛ لتعذر التنفيذ، **(فإن سلم الوارث الثوبين القائمين إلى أصحاب الوصايا وقال: اقتسموها بينكم على قدر حقوقكم، قسم بينهم على قدر حقوقهم، فيعطىٰ صاحب الجيد ثُلُثا الجيد، وصاحب الرديء ثُلُثا الرديء، وصاحب الوسط ثلث الرديء وثلث الجيد)**.

أما صاحب الوسط؛ فلأن الهالك إن كان أرفع من الباقيين، فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أردأ من الباقيين، فحق صاحب الوسط في الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرَّة، ومرَّة بالآخر، وإن كان الهالك هو الوسط، فلا حق له في الباقيين؛ فإذًا حقّه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال، ولا يتعلق في حالين، فيأخذ ثلث كل واحد منهما.

بقي حق صاحب الجيد [وصاحب الرديء]، وصاحب الجيد يدّعي الجيد، ولا يدَّعي الرديء؛ لأنه لا حق له فيه قطعًا، وصاحب الرديء يدَّعي الرديء دون الجيد، فَيُسَلّم ثُلُثا الجيد لصاحب الجيد، وثُلُثا الرديء لصاحب الرديء.

دار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل

(**دار بين رجلين، أوصىٰ أحدهما ببيت بعينه لرجل**)، ثم مات الموصي، وقسمت الدار بين الحي وورثة الميت، (فإن وقع البيت في نصيب الميت، فالبيت لصاحب الوصية، وإن وقع في نصيب الحي، فلصاحب الوصية مثل ذرع البيت فيما أصاب الميت.

وقال محمد: إن وقع البيت في نصيب الميت، فلصاحب الوصية نصف البيت، وإن وقع في نصيب الشريك، فلصاحب الوصية مثل ذرع نصف البيت).

وجه قوله: أنه أوصىٰ بما يملك، وبما لا يملك، فصح فيما يملك، وبطل فيما لا يملك، كما لو أوصىٰ بمال الغير ثم ملكه، فإنه لا تصح وصيته، [٢٣٨/أ] فإن وقع البيت في نصيب الميت، تنفذ الوصية في نصفه، لا في كلّه؛ لأنه لم يملك وقت الإيصاء إلَّا النصف، وإن وقع البيت في نصيب الشريك، فعوض ما كان للميت، وهو مثل ذرع نصف البيت وصل إلى الميت، فتنفذ الوصية في بدله، كمن أوصىٰ بعبد بعينه لرجل، وقتل العبد بعد موت الموصي، وغرم القاتل قيمته، فكانت القيمة للموصىٰ له.

ولهما: أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن، وإن كانت مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة.

ولو اشتريا دارًا، واقتسما، لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترىٰ، فهي إفراز في حق بعض الأحكام، ألا ترىٰ أنه يجبر عليها.

ولو بنىٰ أحدهما بعد القسمة بناءً، ثم استحق الأرض، لا يرجع على شريكه بقيمة البناء، ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة، والمشتري إذا قاسم البائع، لم يكن للشفيع نقض القسمة.

ولو كانت القسمة مبادلة، لكانت الأحكام على عكسها، فثبت أنها إفراز من وجه، مبادلة من وجه، فتجعل إفرازًا في حكم الوصية؛ تصحيحًا للوصية؛ لأن مبناها على المساهلة، وسرعة الثبوت؛ ولهذا صحّت الوصية بمعدوم على خطر الوجود، كالثمر والغلّة.

وإذا جعلت القسمة إفرازًا، ظهر أنه أوصىٰ بما يملك، فإذا وقع البيت في نصيب الميت، سلم البيت للموصىٰ له، وإن وقع البيت في نصيب الشريك، فله عوضه مثل ذرعان البيت فيما أصاب الميت؛ ولأن الحال وقت الإيصاء متردد بين أن يقع البيت في نصيب الميت، وبين أن يقع في نصيب الشريك، ويقع في نصيب الميت مثل ذرعانه، والقسمة كانت [مُستحقَّة] بينهما، فإذا أوصىٰ به لغيره، فقد أقامه مقام نفسه فيما كان له، فإن وقع البيت في نصيبه، يستحق البيت، وإن وقع في نصيب الشريك، يستحق مثل ذرعانه، هذا إذا أوصىٰ.

أقر بالبيت لغيره واقتسما، فوقع البيت في نصيب المُقِرّ

وإن أقر بالبيت لغيره[1]، واقتسما، فوقع البيت في نصيب المُقِرِّ، سلم كل البيت للمُقَرِّ له في قولهم؛ لأن الإقرار إظهار، وليس بتمليك.

وإن وقع البيت في نصيب الشريك، يضرب المُقَرّ له بذرعان البيت، ويضرب المقر بحصته من الدار سوىٰ البيت عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى لو كانت الدار مائة ذراع، والبيت عشرة أذرع، واقتسما، فأصاب

(١) في د (أقر لرجل بالبيت).

كل واحد من الشريكين خمسين ذراعًا، فإن وقع البيت في نصيب المقر، فهو للمُقَرّ له، وإن وقع في نصيب الشريك، فما حصل في يد المُقِرّ، يقسم بينه وبين المُقَرِّ له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف على خمسة أسهم: يُضرب المقر له بعشرة أذرع، والمقر بنصف ذرعان الدار، لا ذرعان البيت، وذلك أربعون، فيقسم نصيب المقر بينهما على خمسة أسهم.

ومن المشايخ من قال: يقسم نصيب المقر بينه وبين المقر له على أحد عشر سَهْمًا، يضرب المقر له بعشرة، والمقر بخمسة وأربعين؛ لأن المقر يزعم أن المشترك بينه وبين شريكه كان ما سوىٰ البيت، وهو تسعون ذراعًا، فيجعل كل خمسة سهمًا، فصار حق المقر له في سهمين، وحق المقر في تسعة أسهم، فيقسم ما في يد المقر بينهما على أحد عشر سهمًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعلى قول محمد: يضرب المقر له بنصف ذرعان البيت، وذلك خمسة أذرع، والمقر يضرب بخمسة وأربعين، فيقسم ما في يد المقر بينهما على عشرة أسهم؛ لأن المقر لم يأخذ من الشريك بمقابلة البيت إلَّا خمسة أذرع؛ لأن شريكه أخذ البيت نصفه تقديم ملكه، ونصفه عوضًا عَمَّا ترك على صاحبه، فكان حكمه ما قلنا.

أوصى لرجل بألف بعينه من مال رجل، فأجاز صاحب المال بعد موته

(**رجل أوصىٰ لرجل بألف بعينه من مال رجل، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي، قال: إن دفع فهو جائز، وإن منع فله ذلك**)؛ لأن الوصية صادفت مال الغير، فتوقفت على الإجازة، فإذا أجاز، كانت إجازته بمنزلة الهبة، والهبة لا تتم بدون التسليم، فإذا دفع، تمت الهبة، وإن منع كان له ذلك.

وهذا بخلاف ما إذا أوصىٰ بأكثر من الثلث، فأجازت الورثة بعد موته، ثم امتنعوا من التسليم، لا يكون لهم ذلك؛ لأن الوصية هاهنا صادفت محلها، وهو ملك الموصي، إلَّا أن للوارث حق الإبطال فيما زاد على الثلث، فكانت إجازته إسقاطًا لحقه، والإسقاط يتم بنفسه، فيسَلَّم المال للموصىٰ له من جهة الميت. [٢٣٧/ب]

أما في مسألتنا: الوصية صادفت مال الغير، فتوقفت على الإجازة، وعند الإجازة تصير هبة من جهة صاحب المال، فلا تتم قبل التسليم.

رجلان اقتسما تركة أبيهما، ثم أقر أحدهما أن الميت أوصى لهذا بثلث ماله

(رجلان اقتسما تركة أبيهما، وأخذ كل واحد منهما ألفًا، ثم أقر أحدهما أن الميت أوصىٰ لهذا الرجل بثلث ماله، والوارث الآخر حاضر، أو غائب، وأنكر، يأخذ المُقَرُّ له من المُقِرِّ ثلث ما في يده).

والقياس: أن يأخذ نصف ما في يده، وهو قول زفر؛ لأنه لما أقر بثلث التركة، فقد أقر أنه يساويه في الاستحقاق، فيأخذ نصف ما في يده، كما لو أقر بأخٍ ثالث وكذّبه الآخر.

وجه الاستحسان: أنه أقر له بثلث شائع في التركة، نصفه فيما في يده، ونصفه فيما في يد الآخر، فيأخذ منه ثلث ما في يده.

فرق بين هذا وبينما لو أقر أحد الاثنين بدين على أبيهما، وأنكر الابن الآخر، فإن المقر له يأخذ جميع ما في يد المقر؛ لأنّه لما أقر بالدين، فقد أقر أن الدين مقدم عليه؛ لأن الدين[1] مقدم على الميراث، فلا يسلم للوارث شيء مع بقاء الدين.

أما الموصىٰ له، شريك الوارث، فلا يسلم له شيء ما لم يسلم للوارث ضعفه.

---

(١) في د (فقد أقر للدائن أنه مقدم عليه).

أوصى بثلث ثلاثة دراهم، وبقي درهم بعد هلاك الدرهمين

(رجل أوصىٰ بثلث ثلاثة دراهم، فهلك درهمان من تلك الدراهم، وبقي درهم، فهو كله للموصىٰ له إذا كان يخرج من الثلث، وكذا لو أوصىٰ بثلث ثلاثة أثياب من صنف واحد)، فهلك ثوبان، وكذا لو أوصىٰ بثلث ثلاثة شياه، فهلك شاتان، وبقي واحدة.

(ولو أوصىٰ بثلث ثلاثة [أعبد]، أو بثلث ثلاث دور مختلفة، فهلك اثنان وبقي واحد، كان للموصىٰ له ثلث الباقي).

وقال زفر: للموصىٰ له ثلث ما بقي في الفصول كلها؛ لأن الدراهم الثلاثة كانت مشتركة بين الورثة وبين الموصىٰ له، والمال المشترك إذا هلك بعضه، كان الباقي على الشركة والفرق.

لنا: أن فيما يحتمل قسمة الجبر بتسمية جزء من الجملة، وتسمية قدر مُعين من ذلك، سواء لقلة التفاوت فيه، كالعشر من عشرة أقفزة حنطة، والقفيز منها سواء، لولا ذلك لما كان للقاضي ولاية الجبر على القسمة.

ولهذا لو باع قفيزًا من الصبرة، يصح، كما لو باع جزءًا شائعًا، ولو هلك الكل إلَّا قفيز، كان عليه تسليمه، فكذلك في الوصية، تسمية الثلث، وتسمية الدرهم، سواء.

ولو أوصىٰ له بدرهم من هذه الدراهم الثلاثة، فهلك درهمان، وبقي درهم، وهو يخرج من ثلث ماله، كان الباقي للموصىٰ له، وكذلك الثِّياب من صنف واحد، والقسم.

والفقه فيه: أن الدرهم الباقي كان بعرض أن يكون للموصىٰ له بعقد الوصية عند القسمة، فلا يبطل ذلك بهلاك الدرهمين؛ لأن الوصية يحتاط في إثباتها؛ فلأن يحتاط في إبقائها كان أولىٰ.

بخلاف العبيد والدور المختلفة، فإن تسمية الشائع منها لا يكون كتسمية العين؛ لكثرة التفاوت في ذلك؛ ولهذا لا يجبر القاضي على القسمة، فلم يكن الموصىٰ له قبل هلاك البعض بعرض أن يستحق كل القائم بحكم الوصية، فلا يثبت ذلك بعد الهلاك.

جعل الثياب التي هي من صنف واحد، بمنزلة الجنس الواحد في حكم الوصية، ولم يجعلها بمنزلة المكيل والموزون في حكم البيع، وضمان الغصب، حتى لو باع ثوبًا من هذه الثياب، لا يجوز، بخلاف ما لو باع قفيزًا من هذه الصبرة، ويضمن بالقيمة، ولا يضمن بالثمل.

والفرق ما قلنا: إن الوصية مبناها على المساهلة، تتحمل فيها من الجهالة ما لا يتحمل في البيع، وفي الصنف الواحد تقل الجهالة والتفاوت، فيصير ملحقًا بالأمثال المتساوية، والدور المختلفة بمنزلة الأجناس المختلفة؛ لكثرة التفاوت في المنفعة.

وقيل: هذا الجواب في الرقيق والدور، قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرىٰ قسمة الجبر في الرقيق، أما عند أبي يوسف ومحمد: قسمة الجبر تجري في الرقيق والدور، فوجب أن يكون الرقيق بمنزلة الدراهم.

والأصح: أن هذا قول الكل؛ لأنَّ للقاضي أن لا يقسم قسمة الجبر اعتمادًا على قول أبي حنيفة، فكان الرقيق بمنزلة الأجناس المختلفة من هذا الوجه.

أثر قبول وردّ الموصى له في حياة الموصي

(رجل أوصىٰ لرجل، فقبوله ورده في حياة الموصي باطل)، حتى لو رَدَّ في حياة الموصي، ثم قبل بعد موته، صحّ قبوله.

[٢٣٩/أ] وقال زفر: إذا رَدَّ في حياة الموصي، لا يصح قبوله بعد موته؛ لأنه أبطل حقه بالرد، فلا يملك القبول بعد ذلك، كما لو رد البيع ثم قبل.

ولنا: أن الوصية إيجاب بعد الموت؛ لأنها خلافة، فالرد في حياة الموصي رد قبل الإيجاب، فلا يعتبر، كما لو قال لعبده: أنت حُرٌّ غدًا بألف، كان القبول في الغد.

الوصية والهبة لما في البطن

(**وتجوز الوصية لما في البطن، ولا تجوز الهبة**)؛ لأن الوصية خلافة، فالموصي يجعل الموصىٰ له خلفًا في بعض ماله قائمًا مقام الوارث، والجنين يصلح خلفًا في الميراث، بشرط انفصاله حيًّا، فكذلك في الوصية.

ولا يقال: الوصية تمليك مبتدأ بمنزلة الهبة، فلا تتم بدون القبول، والجنين ليس من أهل القبول، وليس للموصىٰ عليه ولاية حتى يكون قبوله كقبول الجنين؛ لأن قيام الغير مقامه إنما يكون بعلة الحاجة.

ولا حاجة قبل الانفصال؛ لأنا نقول: الوصية تشبه الهبة من حيث إنها تمليك مبتدأ، وتشبه الميراث من حيث إنها تفيد الملك بعد الموت، فلشبهها بالهبة، إذا حصلت لمن يتصور منه القبول، لا يفيد الملك قبل القبول دفعًا للضرر عنه، ولشبهها بالميراث، إذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول: وهو الجنين، يصح من غير قبولٍ.

الوصية لأهل الحرب

(**والوصية لأهل الحرب باطلة**)؛ لأنا نهينا عن المبرة في حقهم، وذكر في «السير» ما يدل على جواز الوصية لهم، ووجه التوفيق بين الروايتين: أنه لا ينبغي أن يفعل، ولو فعل، ثبت الملك؛ لأنه من أهل الملك.

حربي دخل دارنا بأمان، وأوصى بجميع ماله لمسلم أو ذمي

(**حربي دخل دارنا بأمان، وأوصىٰ بجميع ماله لمسلم أو ذمي، جاز**)؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث، والوصية بجميع المال إنَّما لا تجوز لحق الوارث؛ ولهذا تجوز عند الإجازة، وحقوق أهل الحرب غير معصومة، فلا يمنع صحة الوصية.

التركة بعد الموت قبل القسمة، مبقاة على حكم مِلك الميت

(رجل له ستمائة درهم، وأمة تساوي ثلاث مئة درهم، فأوصىٰ بها لرجل، ثم مات الموصي، فولدت الجارية قبل القسمة ولدًا يساوي ثلاث مئة، فللموصىٰ له: الجارية، وثلث الولد، في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: للموصىٰ له من كل واحد منهما ثلثاه)؛ لأن التركة بعد الموت قبل القسمة، مبقاة على حكم ملك الميت، حتى يثبت حقه فيما يحدث من الزوائد، وقد سرت الوصية إلى الولد، كولد المبيعة، فكان الولد الحادث بعد الموت بمنزلة الموجود وقت الوصية.

ولو كان موجودًا فأوصىٰ بهما، وقيمتهما مثل [نصف][1] المال، تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما، كذلك هاهنا.

ولأبي حنيفة: أن الجارية أصل في الوصية، والولد تبع؛ لأن الإيجاب تناول الجارية قصدًا، ثم سرىٰ حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع، فتنفذ الوصية في الأم، ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث.

وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقًا قبل الولادة، فلا يتغير بزيادة المال، بخلاف ولد المبيعة؛ لأنَّ ثَمَّة إثبات حكم البيع فيهما لا يوجب بعض البيع في شيء من الأم.

أما هاهنا: لو نفذنا الوصية فيهما، والوصية بما زاد على الثلث لا تجوز، تنتقص الوصية في بعض الجارية، هذا إذا ولدت قبل القسمة.

(**فإن اقتسموا وأخذ الموصىٰ له الجارية، ثم ولدت ولدًا، فالولد للموصىٰ له**)؛ لأنَّه حدث على ملكه، بخلاف ما قبل القسمة. [والله تعالىٰ أعلم].

---

(١) في أ (ثلث المال)، والمثبت من ب، د.

بَابُ
اِعْتِبَارِ حَالِ الوَصِيَّةِ

مريض أقر لامرأة بدين أو وهب لها هبة وقبضت ثم تزوجها، ومات

(مريض أقر لامرأة بدين، أو أوصىٰ لها بشيء، أو وهب لها هبة وقبضت، ثم تزوجها، ثم مات من ذلك المرض، جاز إقراره، وبطل ما سواه).

أما جواز الإقرار مذهبنا، وقال زفر: إقراره باطل؛ لأن الإقرار منه بمنزلة التمليك المبتدأ؛ ولهذا لا يصح للوارث.

ولنا: أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه وقت وجوده، وهي أجنبية وقت الإقرار، وبعدما تقرر الدين في ذمته، لا يبطل باعتراض الزوجية، كما لو أقر في صحته، ثم تزوجها، فالوصية باطلة؛ لأنها تعمل عند الموت أو بعده، وهي وارثة في ذلك الزمان، فكانت وصية للوارث.

وكذلك الهبة؛ لأنها وإن كانت منجزة صورة، فهي بمنزلة المضاف إلى ما بعد الموت، حتى يعتبر من الثلث.

ولو كان عليه دين مستغرق، لا يصح أصلاً، بخلاف الإقرار.

مريض أقر لابنه النصراني بدين، أو أوصى له بوصية، فأسلم الابن

(مريض أقر لابنه النصراني بدين، أو أوصىٰ له بوصية، أو وهب له هبة وسلّم إليه، فأسلم الابن، ثم مات الأب المسلم من ذلك المرض، بطل جميع ذلك).

[٢٣٨/ب]

أما الهبة والوصية؛ فلِمَا قلنا في المسألة الأولىٰ، وأما بطلان الإقرار؛ فلأن سبب الوراثة قائم وقت الإقرار: وهو البنوة، والكفر مانع.

وإنَّما لا يصح الإقرار [للوارث] لتمكن تهمة الإيثار، وسبب التهمة قائم: وهو البنوة، فلا يصح إقراره، بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن ثمة سبب التهمة ما كان قائمًا وقت الإقرار.

(وكذا لو كان الابن مكاتبًا، فعتق قبل موت الأب).

فإن كان الابن عبدًا قنًّا، فأقر الأب له بدين، فعتق الابن قبل موت الأب، ذكر في كتاب الإقرار: أنه لو كان عليه دين، لا يصح إقراره، وإن لم يكن عليه دين، يصح إقراره؛ لأنه إذا كان عليه دين، كان الإقرار له؛ لأن المولىٰ لا يملك كسب عبده المديون، فأما إذا لم يكن عليه دين، كان الإقرار له إقرارًا لمولاه وقت وجوده، فيصح إقراره.

والوصية والهبة باطلة؛ لِمَا قلنا.

المَفْلوج، والمُقْعَد إذا تطاول ذلك وصار لا يخاف منه الموت

(المَفْلُوج، والمُقْعَد، [والأَشَلّ]، والمَسْلُول، إذا تطاول ذلك وصار لا يخاف منه الموت، فهبته من جميع ماله، وإن وهب أول ما أصابه ذلك ثم مات في تلك الأيام، فهي من الثلث)؛ لأنَّ المغيّر لحكم التصرف: مرض الموت، ومرض الموت ما يكون سببًا للموت غالبًا، وإنما يكون سببًا للموت إذا كان بحيث يزداد حالاً فحالاً، إلى أن يكون آخره الموت، فأما إذا استحكم ذلك وصار بحيث لا يزداد، ولا يخاف منه الموت، لا يكون سببًا للموت، كالعمي ونحوه، وإنما يكون في حكم المريض في أول ما أصابه ذلك، إذا صار صاحب فراش، وصاحب السِّلّ والدِّقّ، قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض؛ لأن الإنسان قل ما يخلو عن قليل من المرض، فما دام يخرج في حوائجه بنفسه، ولم يصر صاحب فراش، لا يعد مريضًا عند الناس.

أوصى بأن يعتق عنه بهذه المئة عبد فهلك منها درهم

(رجل أوصىٰ بأن يعتق عنه بهذه المئة عبد، فهلك منها درهم، لم يعتق عنه بما بقي، وإن أوصىٰ بأن يحج عنه بهذه المئة، فهلك منها درهم، يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها شيء، وفضل شيء من الحج، يرد الفضل على الورثة.

وقال أبو يوسف ومحمد: في الوصية بالعتق، يعتق عنه بما بقي).

أما الكلام في الحج؛ فلأن المستحق للحج: هو الله تعالىٰ، والثواب للموصي لا يقع عمله لغيره، وبأي قدر يحج عنه، يكون لله تعالىٰ، فإذا هلك منها شيء، يجب صرف ما بقي إلى الله تعالىٰ بطريق الحج، كما لو أوصىٰ بهذه المئة لرجل، فهلك منها شيء، يصرف إليه الباقي، وإن لم يهلك منها شيء، فحج وفضل منها شيء، يصرف الفضل إلى الورثة؛ لأنَّه مال الميت خلا عن الدين والوصية، فيكون للوارث.

وأما الكلام في مسألة العتق، لهما: أنه أوصىٰ بصرف المئة إلى قربة معلومة، فلا تبطل الوصية بهلاك البعض، كما لو أوصىٰ بالحج، أو بالصدقة.

ولأبي حنيفة: أنه أوصىٰ بالعتق لمن يشترىٰ ويساوىٰ بمائة، والعبد الذي يشترىٰ بمائة، غير العبد الذي يشترىٰ بتسعين، فإذا هلك من المئة شيء، تعذر تنفيذ الوصية لمن وقعت له الوصية، فبطل، بخلاف الحج والصدقة؛ لأن ثمّة أمكن تنفيذ الوصية فيما بقي لمن وقعت له الوصية، وهو الله تعالىٰ.

قالوا: وهذا بناءً على أن عتق العبد عند أبي حنيفة: حق العبد، حتىٰ لا تقبل عليه البينة من غير دعوى العبد، [وعندهما: حق الله تعالىٰ، حتى تقبل عليه البينة من غير دعوىٰ العبد].

(رجل مات وترك ابنين، ومائة درهم دينًا له على رجل، وعبدًا قيمته مائة، وقد أعتقه في مرضه، فأجاز الوارثان عتقه، لا سعاية عليه)؛ لأن الإعتاق في المرض وإن كان في معنىٰ الوصية، وهذه الوصية بأكثر من الثلث، إلَّا أن الوصية بأكثر من الثلث إنما لا تنفذ لحق الوارث، فإذا جاز، تنفذ.

أوصى بعتق عبده فجنى العبد بعد موته ودفع بالجناية

(رجل أوصىٰ بعتق عبده، فجنىٰ العبد بعد موته جناية، ودفع بالجناية، بطلت الوصية، وإن فداه الورثة، كان الفداء في مالهم، وجازت الوصية).

أما تخيير الورثة بين الدفع والفداء؛ لأنَّ العبد قبل الإعتاق باق على حكم ملكهم، وإبراء الوصية في وجوب الإزالة والإعتاق، لا في زوال الملك، وحق ولي الجناية مقدم على حق المالك، فيكون مقدمًا على حق الموصىٰ له، ولو لم يكن هاهنا وصية، يخير بين الدفع والفداء، كذلك هاهنا.

وإذا دفع بالجناية، بطلت الوصية؛ لأن الملك انتقل إلى الغير، وزوال ملك الموصي، يوجب بطلان الوصية، كما لو باعه الوارث بعد الموت بدين على الميت، وإن فداه الوارث، جازت الوصية؛ لأن العبد طهر عن الجناية، [٢٤٠/أ] وهو باق على ملك الميت، ويكون الفداء في مالهم؛ لأنه وجب بالتزامهم.

اختلاف الموصى له والورثة في حال وقوع الوصية

(رجل أوصىٰ بثلث ماله لرجل، فأقر الوارث والموصىٰ له أن الميت أعتق هذا العبد، إلَّا أن الموصىٰ له يقول: أعتقه في الصحة، فلي ثلث ما بقي، وقال الوارث: أعتقه في مرضه، فالقول قول الوارث، ولا شيء للموصىٰ له، إلَّا أن يفضل من الثلث شيء، أو يقيم الموصىٰ له البينة): أن الإعتاق كان في الصحة؛ لأنهما اختلفا في استحقاق ثلث ما سوىٰ العبد، فالموصىٰ له يقول: كان العتق في الصحة، فلي ثلث ما بقي، وقال الوارث: كان في المرض، وهو وصية، والوصية بالعتق مقدم على الوصية بثلث المال، قال عليه الصَّلاة والسَّلام:

«**إذا اجتمع الوصايا وفيها عتق، يقدم العتق، وبطل ما سواه**»[1]، وإذا صرف الثلث إلى العتق، بطلت الوصية بالثلث، إلَّا أن يفضل من الثلث شيء.

فالموصىٰ له بدعواه، يدَّعي استحقاق ثلث ما بقي، والوارث ينكر، فكان القول قول الوارث؛ ولأن الإعتاق حادث، والأصل في الحوادث: أنه إذا جهل التاريخ، يحال إلى أقرب الأوقات.

تصديق الوارث دعوى العتق في الصحة وثبوت الدين على الميت

(رجل مات وترك عبدًا، فقال العبد للابن: أعتقني أبوك في صحته، وقال رجل آخر: على أبيك ألف درهم دين، فقال: صدقتما، سعىٰ العبد في قيمته، يدفع إلى الغريم.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق ولا سعاية عليه)؛ لأنه لما صَدَّقَهما، ثبت ما قالا معًا، ولو ثبت ذلك بالبينة، لا يسعىٰ العبد في شيء، فكذا إذا ثبت بالتصديق قبل ثبوت الدين.

ولأبي حنيفة: أن العتق لم يظهر إلَّا وظهر الدين معه، واستناد العتق إلى حالة الصحة، يكون بعد ثبوته، فصار قيام الدين مانعًا إسناد العتق إلى الصحة، فبقي العتق مقصورًا، وإعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنىٰ بوجوب السعاية، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت.

ولو قال العبد لمولاه المريض: أعتقتني في صحتك، وقال رجل آخر: لي عليك ألف درهم دين، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد، ويسعىٰ في قيمته للغريم، كذلك هاهنا.

---

(١) أورد ابن حزم أنَّ «ابن عمر وعطاء، وصح عن مسروق، وشريح، والحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وسعيد بن المسيب، والزهري، وقتادة، وسفيان الثوري، وإسحاق بن راهويه: أنَّه يبدأ بالعتق على جميع الوصايا»، ورواية بطريق سعيد بن منصور نحوه. انظر: المحلىٰ ٩/٣٣٣.

بَابُ
الوَصِيَّةِ بِثَمَرَةِ البُسْتَانِ وَالغَلَّةِ

أوصى بثمرة بستان لرجل، ثم مات وفيه ثمرة

(رجل أوصىٰ بثمرة بستان لرجل، ثم مات وفيه ثمرة، فهي له وحدها[١]، وإن قال: له ثمرة بستاني ما عاش، أو قال: أبدًا، فللموصىٰ له، هذه الثمرة، وما يثمر، فما يستقبل ما عاش.

وإن أوصىٰ له بغلة بستانه، فله الغلة الموجودة، وما يحدث ما عاش).

والفرق: أن الثمرة عند الإطلاق، يراد بها الموجودة، فلا يتناول الحادث إلَّا بدليل، فإذا قال: أبدًا، أو ما عاش، علمنا أنه أراد به: الحادث والقائم، فينصرف إليهما.

أما الغلّة: اسم لما يوجد على سبيل الترادف والتعاقب، وقتًا بعد وقت، يقال: غلة الدار، وغلة الحانوت، ويراد به ذلك، فعند الإطلاق، ينصرف إلى الحادث والموجود وقت الموت.

أوصى بصوف غنمه أبدًا أو بألبانها

(ولو أوصىٰ بصوف غنمه أبدًا، أو بأولادها، أو بألبانها، ثم مات، فللموصىٰ له ما على ظهورها من الصوف، وما في ضروعها من اللبن، وما في بطونها من الأولاد يوم مات الموصي).

---

(١) في الجامع: (فله هذه الثمرة وحدها)، ص٦٢١.

والقياس: أن يستحق جميع ذلك ما عاش؛ للتنصيص على التأبيد، كما في غلة البستان والثمر.

وجه الاستحسان: أن القياس يأبىٰ جواز الوصية بالحادث؛ لأنه معدوم حال موت الموصي، وما يحدث بعد ذلك، يحدث على ملك الوارث؛ لأنه متولد من أصل مملوك له، إلَّا أن استحقاق الغلة المعدومة، جائز بعقد الإجارة، واستحقاق الثمرة المعدومة، جائز بعقد المعاملة، فجاز استحقاقها بعقد الوصية؛ لأنها أوسع بابًا من غيرها، وتمليك الصوف المعدوم واللبن والولد، لا يجوز بعقد آخر، فلا يجوز بعقد الوصية، والموجود من هذه الأشياء يجوز تمليكها بعقد البيع تبعًا، وبعقد الخلع قصدًا، فجاز بعقد الوصية.

***

بَابُ
وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ بِبِيْعَةٍ أَوْ كَنِيْسَةٍ

ذمي جعل داره كنيسة في صحته، ثم مات على وجوه:

(ذمي جعل داره بِيْعَةً أو كنيسة في صحته، ثم مات، فهي ميراث عنه)، أما عند أبي حنيفة؛ فلأن حكمه حكم الوقف، ووقف المسلم عنده لا يمنع الميراث، فوقف الكافر أولىٰ.

وأما عندهما: فلأن وصية الذمي بما لا يكون قربة عند المسلمين، لا يصح؛ لما نذكر، فالوقف أولىٰ. [٢٣٩/ب]

ولا يقال: البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسلم إذا جعل داره مسجدًا في صحته، وسلم إلى المتولي، لا يورث عنه، فينبغي أن تكون البيعة كذلك؛ لأنا نقول: المسجد يحرز عن حقوق العباد، وصار لله تعالىٰ خالصًا، فلا يورث، ولا كذلك البيعة.

وإن أوصىٰ بأن يجعل داره بيعة، أو كنيسة، فهو على وجهين: **(إن أوصىٰ أنْ يجعل بيعة لقوم مسمّين، جازت الوصية في الثلث)**؛ لأن الوصية لقوم بأعيانهم، تمليك منهم، وأنه يملك هذا التمليك، كما لو أوصىٰ بغير البيعة، وإذا صار ملكًا لهم، يصنعون به ما شاؤوا.

(وإن لم يسمِّ قومًا، جازت في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في قول صاحبيه).

فالحاصل: أن وصايا الذمي على وجوه أربعة: إن أوصىٰ بما هو قربة عندنا وعندهم: كالصدقات، وعتق الرقاب، الإسراج في بيت المقدس، وأن يغزي به الترك والديلم، صحت، سواء أوصىٰ لقوم بأعيانهم، أو لم يسم؛ لأنها قربة عندنا وعندهم، فيصح، كما لو فعل ذلك في صحّته.

وإن أوصىٰ بما هو معصية عندنا وعندهم: كالوصية للمغنية، والنائحة، والزانية، فإن أوصىٰ لقوم بأعيانهم، صحّت، ويكون تمليكًا، وإن أوصىٰ لقوم لا يحصون، لا يصح؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح، ولا يمكن تصحيحه قربة؛ لأنها معصية عند الكل.

والثالث: إذا أوصىٰ بما هو طاعة عندنا، معصية عندهم، كالوصية ببناء المسجد، أو بالإسراج فيه، أو بالحج، فإن سمّىٰ لقوم بأعيانهم، صحّت، ويكون تمليكًا منهم، وتبطل الجهة التي عينها، إن شاؤوا فعلوا ذلك، وإن شاؤوا تركوا، فإن كانوا لا يحصون، لا تصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكًا، وأنها ليست بقربة في اعتقادهم، حتى يكون تمليكًا من الله تعالىٰ في اعتقادهم، فلا تصح.

والرابع: إذا أوصىٰ بما هو معصية عندنا، طاعة عندهم: كالوصية ببناء البيعة، أو الكنيسة، أو نحو ذلك، فإن كان ذلك لقوم بأعيانهم، صح بالإجماع، وإن كانت لقوم لا يحصون، فهي على الاختلاف الذي ذكرنا.

لهما: أن هذه وصية بالمعصية، فلا يمكن تصحيحها؛ لأن فيها تقرير المعصية.

ولأبي حنيفة: أن هذه قربة في اعتقادهم، وقد أمرنا ببناء الأحكام على اعتقادهم؛ ولهذا اعتبرنا اعتقادهم فيما تبطل الوصية، وهو الوجه الثالث، فكذلك فيما تصححها.

وإذا صحّت الوصية، يعتبر من الثلث كما في حق المسلم. [والله تعالىٰ أعلم].

بَابُ
بَيْعِ الأَوْصِيَاءِ، وَالوَصِيَّةِ إِلَيْهِم

مقاسمة الوصي الموصى له بالثلث

(مقاسمة الوصي الموصىٰ له بالثلث على الورثة جائزة، ومقاسمة الوصي الورثة عن الموصىٰ له باطلة).

ومعنىٰ هذا الكلام: إذا كان الوارث غائبًا، **(فقاسم الوصي والموصىٰ له بالثلث، فصرف الثلث إلى الموصىٰ له، وأمسك الثلثين للوارث، فهلك شيء من الثلثين، هلك من مال الوارث، ولو كان الموصىٰ له غائبًا، فقاسم الوصي الوارث، فصرف الثلثين إلى الوارث، وأمسك الثلث للموصىٰ له، فضاع الثلث في يده، لا يهلك من مال الموصىٰ له، وله أن يشارك الوارث فيأخذ ثلث ما في يده)**؛ لأن الوارث قائم مقام الميت من كل وجه، حتى يرد بالعيب، ويرد عليه بالعيب، ويصير مغرورًا فيما اشتراه المورث.

والوصي أيضًا قائم مقام الميت، فكان قائمًا مقام الوارث؛ لأنه يميز ملك الميت عن الوصية، فالقسمة مع الوصي يكون بمنزلة القسمة مع الوارث، فصار هلاك نصيب الوارث في يد الوصي بعد القسمة، كهلاكه بعد قسمة الوارث بنفسه.

أما الموصىٰ له ليس يخلف عن الميت، بل ملك ملكًا مبتدأً؛ ولهذا لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه، ولا يكون مغرورًا فيما اشتراه الموصي، فلم يكن الوصي قائمًا مقامه، فلا تنفذ قسمة الوصي على الموصىٰ له، فصار هلاك الثلث في يد الوصي، كهلاكه قبل القسمة، ولو هلك شيء من المال قبل القسمة، كان للموصىٰ له ثلث ما بقي، كذلك هاهنا.

أوصى بحجة فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده

(ولو أوصىٰ بحجة، فقاسم الوصي الورثة، وأخذ حصة الحجة، فهلك ما في يده، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، يرجع الوصي على الورثة، فيأخذ ثلث ما في يدهم، ويحج بذلك.

وعن أبي يوسف: ينظر: إن بقي من الثلث الأول شيء في يد الورثة، يأخذ ذلك ويحج به، وإن لم يبق من الثلث الأول شيء، بطلت الوصية. [٢٤١/أ]

وعلى قول محمد: بطلت الوصية على كل حال، سواء بقي من الثلث شيء، أو لم يبق)، والمسألة في كتاب المناسك من هذا الكتاب.

أوصى بثلث هذا الألف لرجل غائب، فدفع الورثة ذلك إلى القاضي

(**رجل أوصىٰ بثلث هذا الألف لرجل، والموصىٰ له غائب، فدفع الورثة الألف إلى القاضي، فقسمها القاضي، ودفع إليهم نصيبهم، وأمسك نصيب الموصىٰ له، فقسمته جائزة**)، حتى لو هلك ما في يد القاضي، ثم حضر الغائب، لا يرجع على الورثة بشيء؛ لأن الوصية صحّت وإن كان الموصىٰ له غائبًا؛ ولهذا لو مات الموصىٰ له قبل القبول، كانت الوصية ميراثًا لورثة الموصىٰ له، وللقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه؛ ولهذا يملك بيع ما يخشىٰ عليه التوىٰ والتلف، فكانت قسمة القاضي كقسمة الموصىٰ له.

بخلاف الوصي؛ لأنه لا ولاية له على الموصىٰ له؛ ولهذا لا يملك بيع شيء من ماله، فلا تنفذ قسمته عليه.

أوصى إلى رجل فقَبِل في حياة الموصي

(رجل أوصىٰ إلى رجل، فقَبِل في حياة الموصي، فقد لزمته الوصية، حتى لو رَدّ بعد موت الموصي، لا يَصِحّ رَدّه)؛ لأنه لمّا قبل في حياة الموصي، فقد التزم الحفظ والتصرف، والموصي مات معتمدًا على قبوله، وترك الإيصاء إلى غيره، فلو صَحّ رَدّه، يصير غارًا للميت، والغرور حرام.

(وإنْ رَدَّ في حياة الموصي في غير وجهه، لا يصح رده[١]، حتى لو قبل بعد ذلك، جاز، وكذا لو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي، فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك)؛ لأنَّ الإيصاء تم من جانب الموصي، وإنما توقف تمامه في جانب الموصىٰ إليه بقبوله، وبقوله: لا أقبل، لم يبطل إيجاب الموصي، بل بقي موقوفًا؛ لأن فيه نفع للموصي، ولا ضرر على الموصىٰ إليه؛ ولأن برده لم تعد الولاية إلى الميت؛ لعدم الأهلية، فإذا قبل والإيجاب قائم، فيصح قبوله.

(إلَّا أن يكون القاضي أخرجه من ذلك حين قال: لا أقبل، فحينئذٍ لا يصح قبوله بعد ذلك).

واختلفوا في تخريج قوله: قوله إلَّا أن يكون القاضي أخرجه من ذلك، وموضعه الباب السابع والستون من شرح أدب القاضي.

وذكر بعض المتأخرين في شرح وصايا «الأصل»: أنه إذا رد في غير وجه الموصي، ثم قبل، لا يكون وصيًّا عندنا، خلافًا لزفر.

لكن هذا خلاف الرواية، فإن محمدًا رحمه الله تعالىٰ نَصَّ في «الجامع الصغير»: إذا رد في حياة الموصي في غير وجهه، لم يكن رَدًّا[٢]، وكذا ذكر بعض المتأخرين في شرح هذا الكتاب: أنه إذا لم يقبل الموصىٰ إليه، حتى مات الموصي، ثم ردّ بعد موته، لا يصح ردّه، وكان وصيًّا عندنا، خلافًا لزفر.

---

(١) في الجامع الصغير ص٦٢٤: (وإن ردَّه في وجهه، فهو رَدّ).

(٢) الجامع الصغير ص٦٢٤ (مع شرح الصدر الشهيد).

وهذا أيضًا خلاف الرواية، فإنه نص في باب الوصي من وصايا «الأصل»: أنه إذا لم يقبل حتى مات الموصي، فهو بالخيار: إن شاء قبل، وإن شاء ردّ؛ لأنه متبرع في التصرف لغيره، كالوكيل، فلا يلزمه بدون القبول صريحًا، أو دلالة، بأنْ باع شيئًا من التركة، وليس في رده غرور من جهته، إنما الموصي هو الذي اغْتَرَّ حين لم يتعرف من حاله أنه يقبل أم لا.

وإنْ رَدَّ في وجه الموصي، صحّ ردّه؛ لأن الموصي إذا علم برده، يوصي إلى غيره، فلا يتضرر.

فرق بين هذا وبينما لو وكل رجلاً بشيء، فرد الوكيل، يصح رده، سواء رَدَّ في وجه الموكل، أو في غير وجهه؛ لأن في الوكالة: [الموكل][1] قادر على التصرف بنفسه، فلو صَحَّ الرَّدُّ، لا يتضرر به الموكل، ولا يصير مغرورًا.

فلو قبل في حياة الموصي، ثم قال بعد موته: لا أقبل، كان وصيًّا؛ لِمَا قلنا.

فإن أخرجه القاضي عن الوصية بعد قوله: لا أقبل، ثم قبل، لم يَصِحّ قبوله؛ لأنه لما أخرجه القاضي، صح إخراجه [فلما قبل بعد ذلك، فإنَّما قبل بعد بطلان الوصيَّة، فلا يصح قبوله، ولو أنَّه لم يرد ولم يقبل][2] في حياة الموصي، فمات الموصي، فباع شيئًا من التركة وهو يعلم بالإيصاء، فهو قبول، وهو ظاهر.

إن باع شيئًا من التركة وهو لا يعلم بالوصية

وإن باع شيئًا من التركة وهو لا يعلم بالوصية، جاز بيعه، وهو وصي، والقياس: أن لا يجوز بيعه، ولا يكون وصيًّا، كما لو كان مكان الوصية وكالة.

---

(١) في أ (الوكيل)، والمثبت من ب، د.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من ب، د.

ووجه الفرق بينهما في الاستحسان: أن الإيصاء إثبات ولاية التصرف لغيره حال عجزه عن التصرف بنفسه، فلو لم يثبت الإيصاء بدون العلم، تضيع التركة، وتحتاج إلى حافظ يحفظها، فكان تعيين مختار الميت أولىٰ، ولا ضرورة في الوكالة؛ لأن الموكل قادر على التصرف، فلا تثبت الولاية لغيره بدون القبول؛ ولأن الإنسان قد يكون غالبًا في بلده، وما له في بلده في يد وكيل له يتصرف فيه، فيحتاج إلى أن يبقىٰ الوكيل على التصرف بعد موته، كما كان، فلو لم يصح الإيصاء بدون العلم، ينعزل الوكيل بموته، فيتضرر به صاحب المال والوكيل جميعًا، وقد ذكرنا هذا في كتاب القضاء.

[٢٤٠/ب]

وصي باع عبدًا من التركة بغير محضر من الغرماء

(وصي باع عبدًا من التركة بغير محضر من الغرماء، جاز بيعه)؛ لأنَّه قائم مقام الميت، فكذلك إذا باع الوصي.

وليس هذا كالمولىٰ إذا باع عبده المأذون المديون بغير محضر من غرماء العبد، حيث لا يجوز، **(إلَّا إذا وصل إليهم الثمن، وفيه وفاء بالدين، أو أدىٰ المولىٰ دينهم، أو أبرأه عن الدين، فحينئذٍ ليس لهم فسخه)**[1]؛ لأن لغريم العبد حقًّا في الاستسعاء، وبعد البيع لا يبقىٰ، فكان البيع مبطلاً حق الغرماء، فلا ينفذ بغير إجازتهم.

أما غريم المولىٰ، ليس له حق في استسعاء العبد، إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن، فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم.

هل لأحد وصيي الصغير أن يشتري له شيئًا؟

قال: (وليس لأحد الوَصِيَّيْن أن يشتري للصغير شيئًا، إلَّا الكسوة، والطعام، وليس له أن يشتري له عبدًا يخدمه وإن احتاج إلى ذلك، إلَّا بأمر الآخر، وهو قول محمد.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، د.

وقال أبو يوسف: فعل أحد الوصيين، جائز كفعلهما.

وإن اشترىٰ أحد الوصيين، أو أحد الورثة كفنًا للميت، جاز).

فالحاصل: أن عندهما: أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف إلَّا في ثمانية: تجهيز الميت من شراء الكفن ونحوه، وشراء ما لا بد للصغير منه: كالطعام والكسوة، وبيع ما يخشىٰ عليه التوىٰ والتلف، وتنفيذ الوصية المعينة، وقضاء دين الميت من جنسه، والخصومة، ورد المغصوب، والودائع، وقبول الهِبَة، وجمع الأموال الضائعة، وفيما عدا هذه الأشياء، أحدهما لا ينفرد بالتصرف في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعلى قول أبي يوسف: ينفرد.

قيل: الخلاف فيما إذا كان أوصىٰ إليهما معًا، فأما إذا أوصىٰ إلى كل واحد منهما بالانفراد على وجه التعاقب، ينفرد أحدهما بالتصرف عند الكل[1].

وقيل: الخلاف في الفصلين واحد، وهو الصحيح.

لأبي يوسف: أن هذه ولاية تثبت بطريق النظر لمن عجز عن التصرف بنفسه، فيثبت لكل واحد منهما كاملاً، كولاية الإنكاح.

ولهما: أن الموصي رضي برأيهما، فلا ينفرد أحدهما فيما يحتاج إلى الرأي والمشورة، كالوكيلين في البيع، ومولىٰ العتاقة بخلاف ولاية الإنكاح؛ لأن ثمة سبب الولاية: القرابة، وقد وجد في حق كل واحد منهما على وجه الكمال، بخلاف الأشياء المخصوصة؛ لأن ثمة لو اعتبر اجتماعهما، يؤدي إلى الضرر.

---

(١) في الحاشية: وقيل: الخلاف فيما إذا أوصىٰ إلى كل واحد منهما، أما إذا أوصىٰ إليهما، لا ينفرد أحدهما بلا خلاف.

أما في تجهيز الميت؛ فلأن في تأخيره إلى أن يحضر الآخر، فساد ظاهر؛ ولهذا يملكه أحد الورثة عند غيبة الباقين، ويملكه الجيران، والرفقاء في الطريق، وكذلك جمع الأموال الضائعة، وبيع ما يخشىٰ عليه التلف، يملكه الرفقاء.

ولو كانت الوديعة شيئًا يخشىٰ عليه التلف، ولم يكن هناك إمام، كان للمودع أن يبيع، فأحد الوصيين أولىٰ.

وكذا شراء ما لا بد للصغير منه، وقبول الهبة؛ لأنه لو لم ينفرد أحدهما، يموت الصبي جوعًا وعطشًا، ويتضرر بفوات الهبة.

وأما قضاء الدين من جنسه؛ فلأن صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، كان له أن يأخذ من غير تسليم، فيعتبر ذلك إعانة على أخذ الحق، ورد المغصوب والودائع، بمنزلة قضاء الدين من جنسه.

واجتماعهما على الخصومة، يخل بالمقصود، على ما ذكرنا في الوكيلين.

وفي إعتاق عبد بعينه، وتنفيذ وصية بعينها، لا يقيد اجتماعهما.

وينفرد أحدهما بتقاضي الديون؛ لأن أحد الوكيلين ينفرد بذلك، فأحد الوصيين أولىٰ، وفيما عدا ذلك من البيع والشراء، رأي أحدهما لا يكون كرأيهما جميعًا، فلا ينفرد أحدهما.

أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين

(رجل أوصىٰ بأن يباع عبده، ويتصدق بثمنه على المساكين، فباع الوصي وقبض الثمن، وهلك في يده، ثم استحق الغلام، ضمن الوصي، ويرجع فيما ترك).

أما ضمان الوصي؛ فلأنَّه لَمَّا استحق العبد، ظهر أنه قبض الثمن بغير حق، فكان عليه رده، ويرجع في تركة الميت.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يرجع؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، والقبض من حقوق العقد، فإذا ضمن بفعل باشره بنفسه، لا يرجع على غيره.

وفي ظاهر الرواية: يرجع؛ لأنه صار مغرورًا من جهة الميت، فيرجع.

ثم في ظاهر الرواية: يرجع في جميع التركة، وعن محمد: أنه يرجع في الثلث لا غير؛ لأن البيع كان لتنفيذ الوصية، فكان حكمه حكم الوصية، والوصية تنفذ بالثلث.

وجه ظاهر الرواية: أن الوصي يرجع بحكم الغرور، فكان الضمان دينًا على الميت، والدين يقضىٰ من جميع التركة، فإن كانت التركة قد هلكت، أو لم يكن بها وفاء، لا يرجع على أحد، كما لو كان على الميت دين آخر.

[٢٤٢/أ]

متى يرجع المشتري بالثمن على الوصي (إذا باع عبد الصغير)

(ولو قسم الوصي التركة، فأصاب صغيرًا من الورثة عبدٌ، فباعه الوصي وقبض الثمن، وهلك في يده، واستحق العبد، رجع المشتري بالثمن على الوصي، ثم الوصي يرجع في مال الصغير خاصة، ثُمَّ يرجع الوصي بطريق النيابة عن الصغير بحصته على الورثة).

أما رجوع المشتري بالثمن على الوصي؛ فلما ذكرنا، ويرجع الوصي في مال الصغير خاصة؛ لأنه باع لأجل الصغير، فإذا لحقته العهدة فيما عمل للصغير، رجع عليه، ثم يرجع الوصي بطريق النيابة عن الصغير على الورثة؛ لأنه لم يسلم له حصته، فتبطل القسمة، وهذا إذا باع للصغير بأمر القاضي، أو بغير أمره.

أما إذا باع للغرماء بأمر القاضي، وقبض الثمن، وهلك في يده، ثم استحق العبد، رجع المشتري بالثمن على الوصي؛ لما ذكرنا، ثم الوصي يرجع على الغرماء؛ لأنه باع لأجلهم، فكان عاملاً لهم.

وإن باعه بأمر الغرماء، لا بأمر القاضي، فكذلك؛ لأنه يحق عليه البيع عند طلب الغريم، كما يحق عليه عند أمر القاضي.

ولو باعه القاضي لأجل الدين، كانت العهدة على الغريم، لا على القاضي؛ لأن القاضي لا يصلح خصمًا.

ولا عهدة على رسول القاضي وأمينه، وقد ذكرنا في كتاب القضاء.

وصي احتال بمال اليتيم

(وصي احتال بمال اليتيم، إن كان خيرًا لليتيم: بأن كان المحتال عليه أملأ من المحيل، جاز)؛ لأنَّه قربان مال اليتيم على وجه الأحسن، وإن كان المحيل أملأ، لا يجوز؛ لأنه إبراء معنًى.

بيع الوصي وشراؤه فيما يتغابن الناس فيه

(ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه فيما لا يتغابن الناس فيه، وكذلك الأب)؛ لأن الولاية تثبت بطريق النظر، وفيه إتلاف بقدر الغبن من غير ضرورة، والقياس في اليسير كذلك، وإنما تحمل اليسير؛ لتعذر الاحتراز عنه فيما تتكرر فيه الحاجة، ولا ضرورة في الحوالة، فلا تتحمل الضرر في الحوالة.

(ويجوز بيع العبد المأذون والمكاتب وشراؤهما بالغبن الفاحش في قول أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه).

لهما: أن المحاباة الفاحشة بمنزلة الهبة، حتى لو حصل من المريض، يعتبر من الثلث، وهما لا يملكان الهبة.

ولأبي حنيفة: أنهما يتصرفان بأهليتهما، لا بأمر المولىٰ؛ لأن الإذن فك الحجر؛ ولأنه إذن لهما في التجارة، والتاجر يحتاج إلى المساهلة وتحمل الغبن في بعض التصرفات؛ لاستجلاب قلوب [الناس] المجاهرين، فكان ذلك من توابع التجارة، بخلاف الهبة، وبخلاف الأب والوصي؛ لأنهما يتصرفان بشرط الأصلح والأحسن.

كتابة الصك في الشراء من الوصي

(وصي باع شيئًا، فأراد المشتري أن يكتب صكًّا، يكتب: اشترىٰ من فلان ابن فلان ابن فلان، ولا يكتب: من فلان وصي فلان، والاحتياط أن يكتب كتاب الوصية على حدة، وكتاب الشراء على حدة)، ويكتب في أول البياض تلك الوصية، ويُشْهِدُ على ذلك، ثم يكتب في آخره صك الشراء منه، ويشهد.

وكذلك في الوكيل؛ لأنه لو كتب كتابًا واحدًا، وجمع بين الوصية والشراء، وأشهد، ومن الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة، عسىٰ يشهد بجميع ذلك، فيكون شاهد زور، فيكتب على الوجه الذي ذكرنا؛ احترازًا عن الكذب.

وذكر في كتاب الوصايا: لا بأس بأن يكتب: اشتريت من فلان وصي فلان؛ لأن الوصية لا تظهر عند الكل بالمشاهدة والمعاينة، وإنما تظهر بقول الناس، وبقول الوصي: إِنِّي وَصِيُّ فلان؛ فلهذا جاز أن يكتب على هذا الوجه.

بيع الوصي على الكبير الغائب

(ويجوز بيع الوصي على الكبير الغائب في كل شيء إلَّا في العقار، ولا يتجر في المال).

أما لا يملك بيع العقار؛ لأن الوصي قائم مقام الأب، والأب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير، فكذلك من قام مقامه.

والوَصِيُّ يملك بيع العُرُوض على الكبير الغائب، والقياس: أن لا يملك؛ لأنه قائم مقام الأب، والأب لا يملك ذلك، فكذلك من قام مقامه.

ووجه الاستحسان: أنه مأمور بحفظ التركة من جهة الميت، حتى لو ظهر عليه دين، يقضي من تركته، ويبيع المنقول من الحفظ؛ لأنه مما يخشىٰ عليه التلف، وربما يكون حفظ الثمن أيسر، بخلاف العقار؛ لأَنَّه محصَّن بنفسه، لا يرد عليه التوىٰ، حتى قالوا: لو خيف عليه الهلاك، بأنْ كان على شط البحر أو نحوه، أو خيف هلاك ثيابه، يملك بيعه إيصاءً؛ لأنَّ بيعه في هذه الحالة يكون من الحفظ.

ولا يتجر في المال؛ لأنَّ التجارة يبتغىٰ منها الربح دون الحفظ، وهو لا يملك إلَّا الحفظ.

وصي الأخ والأم والعم في حق الصغير بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب

(وقال أبو يوسف ومحمد : وصي الأخ، والأم، والعم، في حق الصغير والكبير الغائب، بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب).

[٢٤١/ب] أراد به: فيما ترك الأخ، والأم، والعم؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، وهؤلاء لا يملكون من التصرف في مال الميت، إلَّا ما كان من الحفظ، فكذلك من قام مقامهم.

فإن كان للصغير مال آخر [لا] من تركة الأم والأخ والعم، فوصيهم لا يملك حفظ ذلك المال؛ لأن ولاية الحفظ له مقصورة على تركة الموصي، ويملك شراء الطعام والكسوة للصغير؛ لأن ذلك من جملة حفظ الصغير.

وَصِيُّ الأب أحق بمال الصغير من الجد

(وَصِيُّ الأب أحق بمال الصغير من الجد)، وقال الشافعي: الجد أولىٰ؛ لأنه قائم مقام الأب عند عدم الأب؛ **(ولهذا لو مات الأب ولم يوص إلى أحد، كانت الولاية للجد)**.

ولنا: أن الأب أقام الوصي مقام نفسه، فصار بمنزلة الأب، والأب مقدم على الجد، فكذلك وصيته.

أوصى إلى عبده وكانت الورثة صغارًا

رجل أوصىٰ إلى عبده، فإن كانت الورثة صغارًا، جاز، وإن كان فيهم كبير، فهو باطل، وقال أبو يوسف ومحمد: هو باطل في الوجهين.

لهما: أن الإيصاء: نقل الولاية، والعبد ليس من أهل الولاية، فلا يصح، كما لو أوصىٰ إلى عبد الغير، بل أولىٰ؛ لأن العبد صار ملكًا للورثة، ففي هذا إثبات الولاية للمملوك على مالكه.

ولأبي حنيفة: أن العبد من أهل التصرف، وليس بمولىً عليه من جهة من يتصرف عليه، ولا من جهة غيره، فيجب تصحيح هذه الوصية؛ لما أن في تصحيح هذه الوصية من توفير النظر؛ لأنه أشفق من غيره على أولاد المولىٰ، بخلاف عبد الغير؛ لأنه مولىً عليه، فيتبعه، فيعجز عن التصرف، بخلاف ما إذا كان فيهم كبير؛ لأن الكبير يملك بيع نصيبه، فيعجز عن التصرف، فكان بمنزلة عبد الغير.

ولو أوصىٰ إلى مكاتب، جاز، فأبو حنيفة مرّ على أصله، وهما فرّقا بين العبد والمكاتب.

والفرق: أن المكاتب لا يورث، فلم يكن في تصحيح هذه الوصية إثبات الولاية للمملوك على مالكه.

المسلم إذا أوصى إلى ذمي

(ولو أوصىٰ المسلم إلى ذمي، فهو باطل، وكذا لو أوصىٰ إلى عبد الغير).

ومعناه: أن القاضي يبطل الوصية، ويخرجهما عنها، حتى لو تصرفا قبل إخراج القاضي، نفذ تصرفهما؛ لأن الإيصاء: إبانة بعد الموت، فيعتبر بالإبانة في حياته، ولو وكّل ذميًّا أو مملوكًا، صَحَّ توكيله، فكذلك الوصية.

وإنما يخرجهما القاضي عن الوصية؛ لأن الكافر لا يؤمن على المسلم، ولا يتحامىٰ العقود الفاسدة؛ ولهذا قلنا: إن المسلم إذا وكّل ذميًّا بالبيع والشراء، يكره.

وعبد الغير مشغول بخدمة مولاه، فلا يؤمن التقصير، فيخرجه القاضي عن الوصية.

قسمة القاضي بين رجلين من صنف واحد

(ويقسم القاضي كل شيء بين رجلين من صنف واحد، إذا طلب أحدهما القسمة، ولا يقسم الرقيق والدور المختلفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم الرقيق، وينظر في الدور: إن كان أفضل الأمرين: أن يقسم كل دار على حدة، قسمها كذلك، وإن كان أفضل الأمرين أن يجمع نصيبه من الدور كلها في دار واحدة، قسمها كذلك).

أجمع أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: على أن التركة إذا كانت جنسًا واحدًا: كالغنم، والإبل، والبقر، والحنطة، والشعير، والثياب الهروية، والمروية، والدار الواحدة، [والأرض الواحدة] التي تحتمل القسمة، إذا طلب أحدهما القسمة وأبىٰ الآخر، فإن القاضي يقسمها بينهما، فإن القسمة في الجنس الواحد يترجح فيها معنىٰ الإفراز؛ لعلة التفاوت، فكان للقاضي ولاية القسمة.

وفي الجنس المختلف، لا يقسم؛ لأن في الجنس المختلف يكثر التفاوت، فيترجح فيها معنىٰ البيع، فلا يقسم إلَّا برضا الشركاء؛ لأن القاضي لا يملك الجبر على البيع.

الاختلاف في قسمة الرقيق والدور

واختلفوا في الرقيق والدور، قال أبو حنيفة: لا يقسم، يعني: قسمة الجبر، ولا يدفع عبدًا إلى هذا، وعبدًا إلى الآخر من غير رضا الكل، إلَّا إذا كان مع الرقيق شيء آخر يحتمل القسمة، نحو الغنم والثياب وغير ذلك، فحينئذٍ يقسم، ويجعل الرقيق تبعًا لغيرهم.

وقالا: القاضي بالخيار: إن شاء قسم الكل قسمة واحدة، فيدفع عبدًا إلى هذا، وعبدًا إلى الآخر، وإن شاء قسمهم: كل عبد قسمة على حدة.

لهما: أن الرقيق جنس واحد من وجه حقيقة وحكمًا؛ لاتحاد الاسم؛ ولهذا لو تزوج امرأة على عبد، تصح التسمية، كما تزوجها على ثوب هروي، وأجناس مختلفة من وجه؛ لكثرة التفاوت بينهم في المنفعة، فكان الرأي فيه إلى القاضي، إن شاء ألحقهم بالجنس الواحد، وقسم قسمة الجمع، وإن شاء ألحقهم بالأجناس المختلفة، ويقسم كل عبد قسمة على حدة، كما يفعل الإمام في الغنيمة. [٢٤٣/أ]

ولأبي حنيفة: أن الرقيق جنس واحد من وجه، أجناس مختلفة من وجه، كما قالا، فيجب العمل بهما، ولا يمكن العمل بهما في حالة واحدة، فعملنا بهما في حالتين، واعتبرناهم جنسًا واحدًا إذا كان مع الرقيق مال آخر تحتمل قسمة الجمع من غير رضا الشركاء، بأن يجعل ذلك المال أصلاً في القسمة، وجعل الرقيق تبعًا له، وكم من شيء يجوز تبعًا، ولا يجوز قصدًا، كبيع الشرب والطريق ونحو ذلك.

واعتبرناهم أجناسًا مختلفة إذا لم يكن معهم مال آخر؛ عملاً بهما جميعًا.

بخلاف قسمة الغنيمة، فإن القسمة فيها تجري في الأجناس المختلفة من كل وجه؛ لكثرة الشركاء، فلا يتضرر كل واحد منهم ضررًا بيِّنًا.

وأما الدور المختلفة في محال مختلفة، أجناس مختلفة؛ لكثرة التفاوت: كالدور المختلفة في الأمصار المختلفة، والدور المنتفعة، وهي الملازمة، بمنزلة دار واحدة؛ لقلة التفاوت في المنفعة.

وأما المنازل، فإن كانت في دور مختلفة، أو في دار واحدة لكنها متباينة، بأن كان بعض المنازل في أولها، والبعض في آخرها، فهي كالدور المختلفة عندهم، وإن كانت متلازقة مجتمعة في دار واحدة، يقسم قسمة واحدة؛ لأن الكل في حكم منزل واحد.

وَصِيَّان شهدا أن الميت أوصى إلى فلان معهما، وفلان ينكر

(وَصِيَّان شهدا أن الميت أوصىٰ إلى فلان معهما، وفلان ينكر، فشهادتهما باطلة)، وإن كان فلان يدَّعي ذلك، جازت شهادتهما استحسانًا، **(وكذا لو شهد الوارثان بذلك)**، وقد مرّت المسألة في كتاب القضاء.

وَصِيَّان شهدا لوارث صغير بشيء من مال الميت

(وَصِيَّان شهدا لوارث صغير بشيء من مال الميت، أو من غير مال الميت، لا تقبل شهادتهما)؛ لأنهما يثبتان لأنفسهما حق التصرف في مال الصغير، فلا تقبل، كما لو شهد المودعان بملك الوديعة للمودع قبل الدفع إلى المودع.

شهدا لوارث كبير بشيء من مال الميت

(وإنْ شهدا لوارث كبير بشيء من مال الميت، لا تقبل، وبغير مال الميت تقبل.

وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادتهما للكبير على كل حال)؛ لأنهما أجنبيان، ليس لهما ولاية التصرف في مال الكبير.

ولأبي حنيفة: أن لهما حق حفظ التركة إذا غاب الوارث، وربما يجن الوارث، فكان لهما ولاية التصرف [في مال الكبير]، فكانا مُتَّهَمَيْن في هذه الشهادة.

شهدا الرجلين أن لهما على الميت ألف، ثم المشهود لهما شهدا بالعكس

(**رجلان شهدا لرجلين: أن لهما على الميت ألف درهم، ثم شهد المشهود لهما: أن لهذين الشاهدين على الميت ألف درهم، جازت شهادة الفريقين**).

وهذه أربع مسائل: إحداها: هذه.

والثانية: إذا شهد رجلان: أن الميت أوصىٰ بجاريته لهذين الرجلين، ثم شهد المشهود لهما: أن الميت أوصىٰ لهذه الشاهدين بعبده، جازت هذه الشهادة.

والثالثة: إذا شهد رجلان: أن الميت أوصىٰ لهذين الرجلين بثلث ماله، ثم شهد المشهود لهما: أن الميت أوصىٰ للشاهدين بثلث ماله، فالشهادة باطلة، وكذا لو شهد الأولان بألف مرسل، والآخران بألف مرسل.

والرابعة: إذا شهد الأولان: أن الميت أوصىٰ لهذين الرجين بعبده، وشهد المشهود لهما: أن الميت أوصىٰ للشاهدين الأولين بثلث ماله، فهي باطلة.

أما الأولىٰ: وهي الشهادة بالدين جائزة في قول أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف، وذكر الخصاف في «أدب القاضي» قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، وهكذا روىٰ بشر في «الأمالي»، فصار عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ روايتان.

وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد، فصار عن أبي يوسف روايتان أيضًا.

وجه قول محمد: أن الدين يجب في ذمة المديون، لا في عين المال، فكان حق كل فريق ممتازًا في حق الفريق الآخر؛ ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحد الفريقين، لا يكون للفريق الآخر حق المشاركة، فلم يكن كل فريق مثبتًا لنفسه حق المشاركة فيما شهد، فانتفت التهمة عن الشهادة، فجازت شهادة الفريقين، كما لو شهد كل فريق بالوصية بعين على حدة.

وهذه المسألة الثانية، بخلاف الوصية بثلث المال، والوصية بألف مرسلة؛ لأن ثمة الحق ثبت في المال، والمال مشترك بينهم؛ ولهذا لو قبض أحد الفريقين شيئًا، كان للآخر حق المشاركة، فكان كل فريق مثبتًا لنفسه حق المشاركة فيما شهد، ولا كذلك الدين.

ولأبي يوسف: أن دين الميت يتعلق بمال الميت، يستوفىٰ من تركته؛ ولهذا لو قبض أحدهما شيئًا من التركة، كان للآخر أن يشاركه في ذلك، حتى لو كان المشهود عليه حيًّا، جازت شهادة الفريقين؛ لأن دين الحي في صحته لا يتعلق بماله، فانتفت التهمة، بخلاف دين الميت. [والله تعالىٰ أعلم].

***

بَابُ
البَازِي

[٢٤٢/ب]

صيد البازي

قال: (لا بأس بصيد البازي وإن أكل منه.

والكلب والفهد إذا أكلا من صيدهما، لا يؤكل)، وقال الشافعي: لا بأس بصيد الكلب والفهد وإن أكل منه[1]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لأبي ثعلبة الخشني: «**إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله تعالىٰ عليه، فكل وإن أكل منه**»، وقياسًا على صيد البازي.

ولنا قوله تعالىٰ: ﴿**فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ**﴾ [المائدة: ٤]، علّق الإباحة بالإمساك لصاحبه، ولم يوجد، وعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا؛ ولأن المباح صيد المعلم، قال الله تعالىٰ: ﴿**وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ**﴾ [المائدة: ٤]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**إذا أرسلت كلبك المُعَلَّم**»، وعلامة كون الكلب مُعَلَّمًا: الإمساك لصاحبه دون الإجابة؛ لأنَّ علامة التَّعَلُّم: تبدل الطبع بالنقل إلى غيره، والكلب شيء أَلُوف، يتبع من أراه كِسْرَةَ خبز، فلا يجعل علامة تعلمه الإجابة عند الدعوة، وإنما يجعل علامة تعلمه الإمساك وترك الأكل، وأنه يقبل التعليم على هذا الوجه بالضرب والتأديب.

أما البازي، طير وحشي ضعيف، لا يحتمل التَّعَلُّم بالضرب والتأديب على هذا الوجه، فجعلت علامة تعلمه: الإجابة عند الدعوة.

---

(١) انظر: المنهاج ٥٣٤.

الكلب المعلم إذا أكل من صيد

ثم الكلب المعلم إذا أكل من صيد، لا يباح أكل هذا الصيد عند أصحابنا، واختلفوا في أكل ما كان عنده من صيوده، قال أبو حنيفة: يحرم أكله، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يحرم.

قيل: هذا الخلاف فيما كان عنده من الصيود في المدة القليلة، أما إذا طالت المدة، بأن أتىٰ عليه شهر، لا يحرم، والأصح: أن الكل على الاختلاف.

لهما: أن ما أخذ قبل ذلك، حكم بحله، فلا يحرم لاحتمال أنه كان عالمًا ثم نسي.

وأبو حنيفة يقول: هذا صيد كلب جاهل؛ لأن الحرفة لا تنسىٰ، وإنما تنسىٰ دقائقها، وترك الأكل من أصل هذه الحرفة، فإذا حكم بكونه جاهلاً حتى حرم أكل ما تناول منه، تَبَيَّن أنَّه كان جاهلاً، إلَّا أنه لم يأكل قبل ذلك؛ لِشِبَعِه.

ولا يحل صيده بعد ذلك، حتى يصير معلمًا: بأنْ يصيد ثلاثًا ولا يأكل، فيحل الرابع في قول أبي يوسف ومحمد، وأبو حنيفة لم يوقّت لذلك وقتًا، ولكنه قال: يرجع إلى أهل العلم بذلك، فإن قالوا: صار معلمًا، فهو معلم.

وكذلك الحكم في ابتداء تعليمه، عندهما: إذا دعاه ثلاث مرات، فأجابه ولم يأكل من الصيود الثلاثة، حل الرابع، وعند أبي حنيفة: يفوض إلى من له علم بذلك.

هما قالا: بأن الثلاث حسن الاختيار؛ ولهذا قدر الشرع مدة الخيار بثلاثة أيام، ولأبي حنيفة: أن نصب المقادير بالرأي لا يمكن، فيجب الرجوع إلى من له علم بذلك.

وعنه في رواية: أنه قدره بالثلاث، كما قالا، إلَّا أن عنده على هذه الرواية: يؤكل الصيد الثالث، وعندهما: لا يؤكل؛ لأنه لا يحكم بكونه معلمًا حتى يترك الأكل ثلاث مرات.

صيد المُعَلَّم من السِّباع والطير الجارحة

(وكل شيء عَلَّمْتَه من ذي ناب من السِّبَاع، ومِخْلَبٍ من الطير، فلا بأس بصيده؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤])، والسباع كلها جوارح، واسم الكلب يتناول الكل؛ لوجود معناه: وهو القُوَّة والشِّدَّة.

روي: أن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم قال في عتبة: «**اللهم سلط عليه كلبًا من كلابك**»[1]، فسلط الله تعالىٰ عليه الأسد.

وعن هشام أنه قال: قلت لمحمد: لو أن ذئبًا علم الاصطياد، فتعلم، واصطاد، هل يؤكل صيده، قال: ما أرىٰ هذا يكون، وإن كان فلا بأس بصيده.

وعن أبي يوسف: أنه استثنىٰ من هذه الجملة: الدب، والأسد؛ لأن الأسد لعلو همّته، لا يعمل لغيره، والدب لخساسته كذلك.

صيد كل ما لا ناب له ولا مخلب

ثم قال في «الكتاب»: (**وما سوىٰ ذلك فلا خير فيه، إلَّا أن يدرك ذكاته، فيذكيه**).

أراد به: ما لا ناب له ولا مخلب؛ لأنه لا يجرح، وإنما يقتل غمًّا وخنقًا، والله تعالىٰ شرط الجرح.

وكذلك صيد غير المعلم، وصيد الكلب المعلم إذا انفلت من غير إرسال وأخذ الصيد؛ لأن فعله لا يجعل قائمًا مقام فعل صاحبه، فلا يحل الصيد إلَّا بذكاة الاختيار.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٥/٢١١؛ والماوردي في أعلام النبوة ١/١٦٧؛ وابن عبد البر في التمهيد ١٥/١٦١؛ والأصبهاني في دلائل النبوة ١/٧٠.

بَابُ مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

احتقان الصبي باللبن، يعد رضاعًا؟

(إذا احتقن الصبي باللبن، لا يُحَرِّم شيئًا)؛ لأنَّ حرمة الرضاع إنما تثبت بشبهة البعضيَّة؛ لمكان إنبات اللحم وإنشاز العظم، قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «**الرضاع: ما أنبت اللحم وأنشز العظم**»(١)، وإنبات اللحم إنما يحصل بما يصل من الأعلىٰ، لا من قبل الأسفل؛ لأن ما كان من قبل الأعالي، يصل إلى المعدة، فيحصل به التغذي، أما ما يحصل من قبل الأسافل، لا يصل إلى المعدة، فلا يصير غِذَاءً.

وإنما يفسد الصوم بالحقنة؛ لأن فساد الصوم متعلق بوصول شيء إلى الجوف، قال عليه الصلاة والسلام: «**الفطر مما دخل**»(٢).

[٢٤٤/أ]

إقرار أخرس بالإشارة المعروفة بما في كتاب الوصية

(أخرس قُرِئَ عليه كتاب وصية، فقيل له: أنشهد عليك بما في هذا؟ فيشير برأسه نعم، فهو جائز.

قال: إذا جاء منه ما يعرف أنه إقرار، أو كتب، فهو جائز)؛ لأنَّ الإشارة المعروفة من الأخرس، أقيمت مقام النطق في تصرفاته في حياته؛ لحاجته إلى إظهار ما في ضميره، وعجزه عن النطق عجزًا لا يرجىٰ زواله، فكذلك في وصيته وإقراره.

---

(١) «أخرجه أبو داود، ورجالهما ثقات إلَّا أبا موسىٰ الهلالي وولداه، فإنهما مجهولان كما قال أبو حاتم»، كما ذكر ابن الملقن في البدر المنير ٨/٢٧١؛ وابن عبد البر في الاستذكار ٦/٢٥٠؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/٤٦١؛ والدارقطني في سننه ٤/١٧٢.

(٢) أخرجه البيهقي من قول ابن عباس، «ورُوِي عن عَلِيٍّ رضي الله عنه من قوله، وروي عن النبي صلَّىٰ الله عليه وسلَّم، ولا يثبت»، السنن الكبرىٰ ١/١١٦؛ «وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه»، كما في المحلىٰ ٦/٢١٦.

وكذا إذا كتب بذلك كتابًا؛ لأن البيان بالبنان، بمنزلة البيان باللسان.

والكتابة على ثلاثة أوجه: مستبيْنة مرسومة، وهي بمنزلة النطق، وغير مستبينة، مثل الكتابة على الماء والهواء، وإنها باطلة، ومستبينة غير مرسومة: نحو الكتابة على الجدار، وأنَّها لا تكون حجة من غير بيان، فلا تكون حجة من الأخرس.

إشارة مريض اعتقل لسانه برأسه، على صحة ما ورد في الوصية

(**وإن اعتقل لسان المريض، فقرئ عليه كتاب وصيته، فأشار برأسه: نعم، أو كتب، فهو باطل**)؛ لأنه لم يقع الناس عن عبارته؛ لاحتمال أن يزول ما به من المرض، فينطلق لسانه، وإنما تقوم الإشارة مقام العبارة عند الضرورة، ووقوع الناس عن العبارة.

وكذا إذا كتب كتابًا؛ لأن كتابته وإشارته ما كانت حجة قبل هذا، فلا تصير حجة بعارض عجز على شرف الزوال.

تصرفات الأخرس إذا كان يكتب أو يومئ

قال: في الأخرس إذا كان يكتب أو يومئ إيماءً يعرف، جاز نكاحه، وطلاقه، وبيعه، وشراؤه، واقتصَّ منه، واقتصَّ له؛ لأنَّ إقامة الأحكام له وعليه، أمر لا بد منه، ولا يرجىٰ منه بيان فوق الإشارة والكتابة، فجعلت إشارته وكتابته فيما هو من حقوق العباد، بمنزلة العبارة؛ لتحقق الحاجة.

والقصاص خالص حق العبد، بمنزلة البيع والإقرار ونحو ذلك.

قال: (**ولا يحد، ولا يحد له**).

أمَّا لا يقام عليه الحد وإن ثبت سببه بالبينة؛ لاحتمال تمكن الشبهة، وعجزه عن البيان، وإنما جعلت إشارته بمنزلة العبارة في حقوق العباد؛ لتحقق الحاجة، فلا يجعل حجة في غيرها، ولا يحد له حد القذف؛ لِمَا قلنا؛ ولأن احتمال التصديق ثابت في حقه، فلا يقام مع الشبهة.

(**وإن كان صمت يومًا فأشار، أو كتب، لا يعتبر في شيء من الأحكام**)؛ لأنه ناطق على حاله؛ لقيام آلة النطق، وإنما عجز لعارض أمر على شرف الزوال، فهو والذي اعتقل لسانه بسبب المرض سواء.

التحرِّي للأكل إذا اختلط غنم ذكية وميتة

قال: **(الغنم إذا كانت ذكية، وفيها ميتة، فإن كانت الذكية أكثر، تحرّىٰ للأكل، وإن كانا نصفين، أو كانت الميتة أكثر، لا تأكل بالتحري)**.

أما إذا كانت الميتة أكثر؛ فلأن الحكم للغالب، وكذا إذا كانا نصفين؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**ما اجتمع الحلال والحرام في شيء، إلَّا وغلب الحرام الحلال**»[1]، وهذا في حالة الاختيار.

أمَّا في حالة الضرورة، يتحرىٰ بكل حال؛ لأن في حالة الضرورة يباح له تناول الميتة، فَلِأَنْ يباح له التَّحري رَجَاءَ أنْ يوصله إلى الحلال [في الجملة]، كان أَوْلَىٰ.

ولا يأكل من غير تحري؛ لأن التحري يصلح سببًا للوصول إلى الحلال في الجملة، فلا يترك التحري.

وإن كانت الغلبة للتذكية، جاز له التحري عند الاختيار، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن التحري أمر ضروري، فلا يصار إليه من غير ضرورة، كما لا يصار إليه عند غلبة الحرام.

ولنا: أن للغالب حكم الكل، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ لحمًا من أسواق المسلمين، أو خبزًا، يباح له التناول من غير سؤال، وإنْ كُنَّا نعلم أن أسواق المسلمين لا تخلو عن قليل حرام، وكذا من كانت له أخت من الرضاع في مصر، جازت مناكحته فيه؛ لغلبة الحلال؛ أو لأنَّه أمر تعم به البلوىٰ، كذلك هاهنا.

إلَّا أنَّه إذا علم بالحرام، لا يأكل من غير تحري؛ لأن التحري يصلح دليلاً لإصابة الحق، فعند العلم بالحرام، لا يجوز ترك التحري.

---

(١) قال الحافظ: «وهو حديث يجري على الألسنة، ولم أجده مرفوعًا، إلَّا أنَّ عند عبد الرزاق ...، عن عبد الله بن مسعود ...، وهو ضعيف منقطع»، الدراية٢/٢٥٤.

إلباس الذكور من الصبيان الحرير والذهب

(وكره أبو حنيفة إلباس الذكور من الصبيان الحرير والذهب)؛ لأنَّ النَّص المُحَرِّم: وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**هما حرامان على ذكور أمتي**»، وأشار إلى الذهب والحرير، لم يفصل بين الصبي والبالغ والإثم على من ألبسهم؛ لأنا أمرنا بحفظهم عن الحرام من الخمر وغيرها، فإذا ألبسه الحرير، يصير آثمًا، كما لو سقاه الخمر.

إجارة البيت لمن يتخذ فيه بيعة أو كنيسة أو يبيع الخمر

قال: (ولا بأس بأن تؤاجر بيتك ممن يتخذ فيه بيت نار، أو بيعة، أو كنيسة، أو يبيع فيه الخمر.

وقال أبو يوسف ومحمد: يكره ذلك)؛ لأنه إعانة على المعصية.

ولأبي حنيفة: أنه تصرف في ملكه لتحصيل الأجر، والمعصية تتعلق بفعل فاعل مختار، فلا يوجب كراهة الإجارة، أصل هذا: إذا باع العصير ممن يتخذه خمرًا، عند أبي حنيفة: يجوز، ولا يكره، وعندهما: يكره، وهذا في السواد لا في المصر؛ لأن أهل الذمة يُمْنَعُوْن عن إحداث البِيَع والكنائس وبَيْعِ الخمر في الأمصار، ولا يُمْنَعُوْن عن ذلك في السَّواد؛ لأنَّ عامَّة شعار الإسلام من الجُمَعِ [٢٤٣/ب] والجماعات، والأعياد، وإقامة الحدود، وغير ذلك يختص بالمصر، فَفِي إحداث البيع والكنائس في الأمصار، استخفاف بالمسلمين، بخلاف السواد.

قالوا: هذا في سواد الكوفة؛ لأن الغالب فيها أهل الذمة والروافض، أما في سوادنا، يمنعون عن إحداث ذلك؛ لأن الغلبة في سوادنا لأهل الإسلام، فيمنعون عن ذلك في السواد والأمصار جميعًا.

العقيقة عن الغلام والجارية

(وكان أبو حنيفة لا يَعُقُّ عن الغلام ولا عن الجارية)[١].

وتفسير العقيقة: أن يذبح شاة في اليوم السابع من ولادة الولد، ويتخذ ضيافة، وإنما ورد [هذه المسألة]؛ لأنَّ من العلماء من قال: العقيقة سُنَّة، وهو

---

(١) وعبارة الجامع (ولا يُعقُّ عن الغلام)، ص٦٣٤.

قول الشافعي[١]، ومنهم من قال: سنة في الغلام دون الجارية.

حُجَّتهم في ذلك: ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: «**أنَّه عقَّ عن الحسن والحسين رضي الله عنهما بشاة شاة، وحلق رأسهما في اليوم السابع**»[٢]؛ ولِمَا روي عنه عليه الصلاة والسلام: «**أنَّه أمر أن يعق عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة**»[٣].

وإنا نقول: كان ذلك في الابتداء، كالعتيرة: وهي الرجيبة، ثم انتسخ لقوله عليه الصلاة السلام: «**نسخت الأضحية كل دم قبلها**»[٤]، ولو كان هذا سُنَّة؛ لَمَا تركها الناس، وتوارثوها خَلَفًا عن سَلَفٍ.

التَّعشير والنقط في المصحف

(**ويكره التَّعشير، والنقط في المصحف**)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**جَرِّدُوا القرآن في المصاحف**»[٥]، قالوا: هذا كان في ذلك الزمان، أما في زماننا: لا بأس؛ لأنَّ العجم لا يمكنهم قراءة القرآن من غير ذلك، فهذا وإن كان إحداثًا، فهي بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والبلدان.

---

(١) انظر: المنهاج ص٥٣٨.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣٦١/٥؛ وأبو داود (٢٨٤١)؛ والترمذي (١٥١٤)، وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٤٢١٣)؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ٢٢٩/١؛ والطبراني في الكبير ٢٨/٣.

(٣) أخرجه الترمذي (١٥١٤)؛ والنسائي (٤٢١٥)؛ وأبو داود (٢٨٤٢).

(٤) أورده الجصاص في أحكام القرآن ٨٨/٥.

(٥) الأثر روي من قول ابن مسعود رضي الله عنه وغيره، والمقصود كما قال: (جَرِّدُوا القرآن، ولا تخلطوا به ما ليس منه)، ومنه: (ولا تلبسوا به شيئًا)، (كان عبد الله يكره التعشير في المصحف)، (كانوا يكرهون التَّعشير والتَّنقيط والخواتم في المصحف). كما روىٰ النسائي في الكبرىٰ: (قال عبد الله: جَرِّدُوا القرآن ليربوا فيه صغيركم، ولا يَنْأىٰ عنه كبيركم) (١٠٨٠٠).

إجراء كلمة الكفر مع الإكراه

(السلطان الجائر من المشركين، إذا قال لرجل: لأقتلنَّك، أو لتكفرنَّ بالله، وَسِعَه ذلك).

يعني: يسعه إجراء كلمة الكفر على لسانه، مع طمأنينة القلب بالإيمان؛ [لقوله تعالىٰ: ﴿**إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ**﴾ [النحل: ١٠٦]]؛ ولِمَا رُوِي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنَّه قال لعمار حين ابتلي بذلك: «**إن عادوا، فَعُدْ**»[١]، يعني: إن عادوا إلى الإكراه، فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان، وإن صبر على ذلك حتى قُتِلَ، كان أعظم أجرًا؛ لأنه تمسّك بالعزيمة، ولم يترخص؛ لأنها استباحة مع قيام المحرم، فكان الأخذ بالعزيمة أولىٰ.

وروي: «**أن خُبَيْبًا صبر حتى قُتِلَ، فسمَّاه رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: سيد الشهداء**».

إلزام الإمام أهل الذمة بعلامة مميزة في لباسهم

(قال: ويأخذ الإمام أهل الذمة بإظهار الكستيجات، والركوب على السروج التي كهيئة الأكف)؛ لأنَّا أُمِرْنا بإذلاهم، وتوقير المسلمين، قال عليه الصلاة والسلام: «**أذلوهم ولا تظلموهم، والجئوهم إلى أضيق الطرق**»[٢]،

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، وقال: «حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرِّجاه»، ٣٨٩/٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٢٠٨/٨؛ تفسير ابن كثير ٥٨٨/٢؛ وأورده ابن حجر وذكر طرقه، وقال في بعضه: «في سنده ضعف أيضًا»، وفي طريق آخر: «ورجاله ثقات مع إرساله أيضًا، وهذه المراسيل تَقْوَىٰ بعضها ببعض»، فتح الباري ٣١٢/١٢.

(٢) الحديث ملفَّق من حديثين: الشطر الأول: أورده السرخسي في شرح السِّيَر الكبير بأنه حديث من قوله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم ١٣٧/١؛ ولكن ذكر ابن تيمية وابن القيم: أنه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كما في مجموع الفتاوىٰ ٦٥٣/٢٨؛ بدائع الفوائد ٩٦٢/٤. والشطر الثاني: من حديث أبي هريرة أنه قال: (قال رسول الله صلَّىٰ الله عليه وسلَّم: إذا لقيتموهم في الطريق، فلا تبدؤوهم بالسَّلام، واضطروهم إلى أضيق الطرق)، كما ذكره ابن الجوزي في تلقيح فهوم أهل الأثر ٤٢٨/١؛ والغزالي في الإحياء ٢٠٣/٢؛ وابن الملقن في البدر المنير ٥٩٦/٩، وغيرهم.

فلا بد من التمييز بينهم وبين المسلمين، وذلك إنما يحصل باتِّخاذ العلامة، ولم يكن لهم علامة في زمن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم؛ لأنهم كانوا معروفين بالمدينة، لا يشتبه حالهم على المسلمين، فلما كثروا، ومسّت الحاجة إلى ذلك، أمر بذلك عمر رضي الله عنه، وكان ذلك صوابًا.

واختلف المشايخ في تلك العلامة، فالحاصل: أنه يكتفىٰ في كل بلدة بما تعارفه أهلها على وجه يخلو عن التعظيم والزينة، كشَدِّ الزُّنَّارِ فوق الثِّياب، والقَلَانِس المختصَّة بهم، دون ما يتزينون به من الزنانير المتَّخذة من الإبريسم؛ لأن المقصود [تشيينهم لا تزيينهم].

وكذا البرزة من نسائهم، تؤخذ باتِّخاذ العلامة فوق المُلآءة، وفي الحَمَّامَات.

ويمنعون عن لبس ثياب يختص بأهل العلم، وعن الركوب في مجامع المسلمين، وفي أسواقهم من غير ضرورة، وعند الضرورة يركبون على السرج التي كهيئة الأكف، وهي التي يكون في قربوسها شبه الرمانة، يضع الراكب عليها يده.

الجهاد واجب

(والجهاد واجب، قال الله تعالىٰ: **﴿وَجَٰهِدُواْ فِي ٱللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِۦۚ﴾** [الحج: ٧٨]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالىٰ، إلى أن يقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال**»[1].

ثم قال في «الكتاب»: إلَّا أنَّ المسلمين في سِعَةٍ حتى يحتاج إليهم).

(١) «الحديث أخرجه أبو داود من حديث أنس رضي الله عنه»، كما في نصب الراية ٣٧٧/٣؛ «ورواه مرفوعًا وموقوفًا عن أبي هريرة رضي الله عنه، بلفظ: الجهاد واجب عليكم مع كل أمير»، كما في عمدة القاري ١٤٥/١٤؛ والديلمي في الفردوس من حديث أنس ١٢٢/٢.

أشار إلى أنه فرض كفاية، إذا قام به البعض، سقط عن الباقين؛ لحصول المقصود: وهو دفع شر الكفرة، وإعزاز دين الله تعالىٰ، إلَّا إذا وقع النفير عامًّا، فحينئذٍ يفترض على كل من يقوىٰ على الجهاد أن يخرج؛ لقوله تعالىٰ: ﴿**ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ**...﴾ الآية [التوبة: ٤١]؛ ولأنه يخاف على منعة المسلمين، وحريمهم، فيفترض على كافتهم الدفع عن بيضة الإسلام.

قال: ولا تجوز الوصية لأهل الحرب؛ لأن الله تعالىٰ نهانا عن المبرّة في حقهم، قال الله تعالىٰ: ﴿**إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ** ...﴾ الآية [الممتحنة: ٩]، وقد مرَّت المسألة قبل هذا.

تم الكتاب بحمد الله وعونه، وصلىٰ الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

وكان الفراغ من كتابته يوم الخميس، سلخ شهر شعبان، آخر سنة أحد وثمانين وتسعمائة(١)

---

(١) في نهاية ب (وقع الفراغ من نساخته يوم الجمعة، خامس عشر جماد الآخر، من شهور سنة ثلاثين وستمائة، بمدرسة الماردانية، على يد العبد الضعيف الراجي رحمة ربِّ العزَّة، حجَّاج بن حامد بن عقبة الحنفي البصروي، كتبه لنفسه، نفعه الله بالعلم وعَلَّمه إيَّاه.

وفي نهاية ج (فاتح ١).

وفي نهاية د (... فرغ من تعليقه لنفسه، العبد الفقير المستعيذ بالله من الإسراف والتقصير، محمد بن علي بن محمد بن صلاق الدقي الحنفي، بمدينة بغداد، بمدرسة سعادة، صبيحة الثلاثاء، سلخ شوال المبارك، من سنة خمس وستمائة، غفر الله له ولوالديه، ولمن نظر فيه، وترحَّم على كاتبه وعلى جميع المسلمين، وحسبنا الله ونِعْم الوكيل (وبعض التملكات).

فهرس الكتاب

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

فهرس الآيات

الآية	رقمها	الصفحة
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾	٢٣	٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٤، ٥٠٨،
﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾	٢٤	٤٩٥، ٥٢٧
﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾	٢٩	٩٢٦
﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾	٣٦	٨٨٩
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا۟ وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا﴾	٤٣	٦٢، ٧٩٣، ١٣٢٣، ١٣٤٠
﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾	٥٦	٥٥٣
﴿وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ﴾	٥٩	١٠٩٣
﴿ وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ ۗ﴾	١٠٠	٤٥٠، ٧٤٦
﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾	١٠١	٢٠٨

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
وآثار الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الحديث	الصفحة

الفهرس التفصيلي للموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة